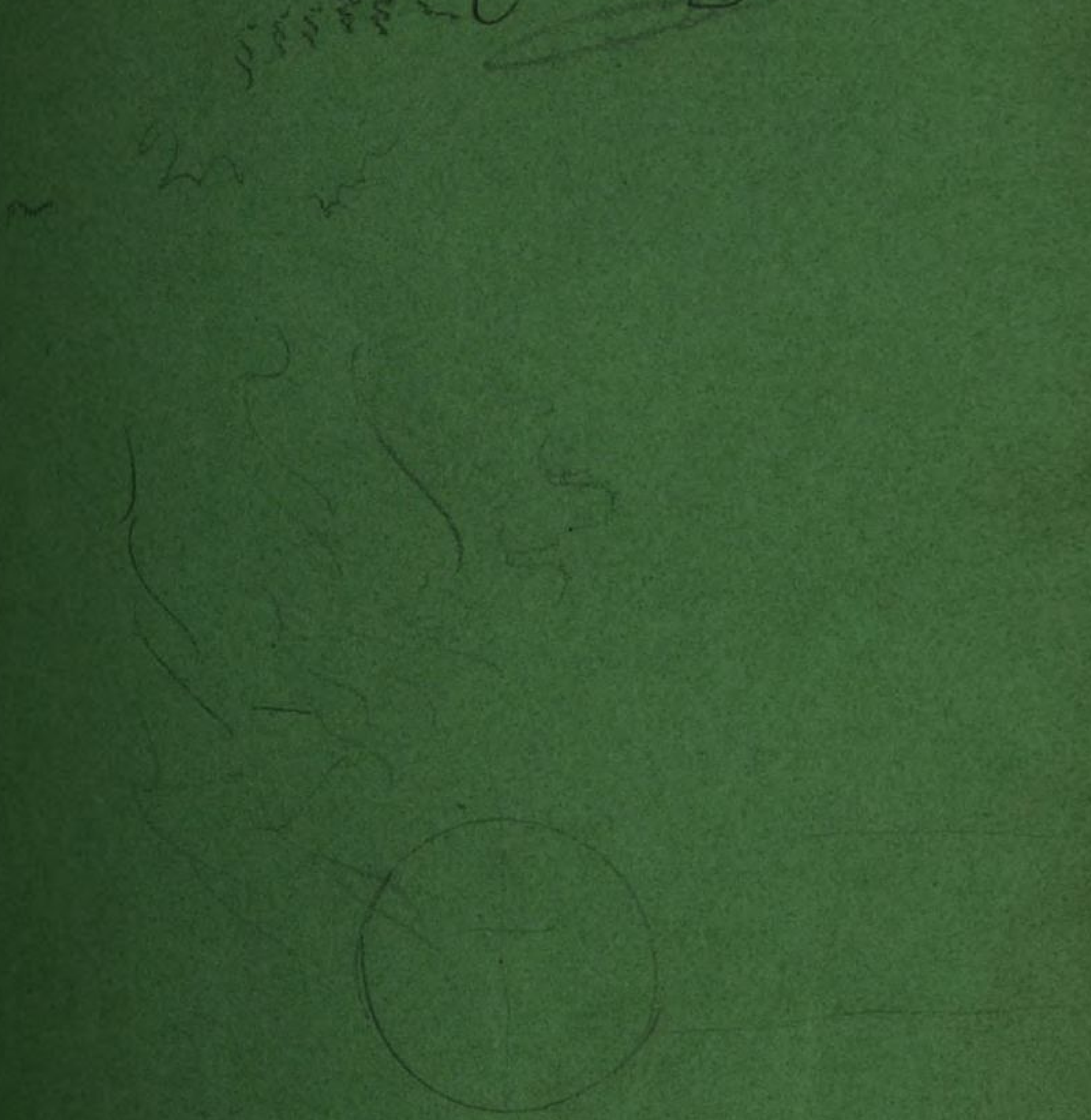


Vorträge

über

den gemeinen

ordentlichen Civilproceß

von

Dr. Hieronymus J. P. v. Bayer,

k. b. Geheimerath und lebensl. Reichsrath, öffentl. ord. Professor der Rechte an der k. Ludwig-Maximilians-Universität zu München und Ordinar. des Spruchcollegiums der k. Juristen-Facultät.

Anstatt handschriftlicher Mittheilung für seine Zuhörer bestimmt.

Unveränderter Abdruck der achten Auflage.

München,
Verlag der literarisch-artistischen Anstalt.
1858.

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung.

Erstes Hauptstück.

Die Lehre von dem Objecte des Civilprocesses.

Zweites Hauptstück.

Die Lehre von den Subjecten des Civilprocesses.

Erster Abschnitt.

Von den Hauptpersonen im Processe.

Erste Abtheilung.

Von den streitenden Theilen.

Zweite Abtheilung.

Von dem Gerichte.

Zweiter Abschnitt.

Von den Nebenpersonen im Processe.

Drittes Hauptstück.

Die Lehre von der Rechtsverfolgung.

Erster Abschnitt.

Allgemeiner Theil.

Zweiter Abschnitt.

Specieller Theil.

Erste Abtheilung.

Vom ersten Verfahren oder dem Schriftenwechsel.

Zweite Abtheilung.

Periode des Beweisverfahrens.

Zweiter Absatz.

Formelle Beweistheorie.

Erste Unterabtheilung.

Im Allgemeinen.

Zweite Unterabtheilung.

Von dem Verfahren bei dem Gebrauche der einzelnen Beweismittel insbesondere.

Dritte Abtheilung.

Periode der Rechtsmittel.

Erster Absatz.

Von den ordentlichen Rechtsmitteln.

Zweiter Absatz.

Von den außerordentlichen Rechtsmitteln.

Vierte Abtheilung.

Periode der Execution oder Hülfsvollstreckung.

Vorträge

über den

gemeinen ordentlichen Civilproceß.

Nro. 1. allein genügt schon
zur Erörterung eines Processes
wenigstens i. Schriften.

§. 1.

Begriff und Umfang der Civilproceßtheorie überhaupt.

Wenn die verschiedenen Privatrechte, mit deren systematischer Darstellung die Theorie des Civilrechts sich beschäftiget, für ihren Inhaber einen praktischen Werth haben sollen, so muß dafür gesorgt seyn, daß sie im Falle einer Verletzung oder Nichtanerkennung von Seite des Verpflichteten, — selbst wider den Willen des Letzteren — also durch äußeren Zwang zur wirklichen Geltung gebracht werden können. Diesem Zwange muß jedoch wenigstens da, wo das behauptete Recht von der Gegenseite bestritten wird, nothwendig eine Untersuchung über das wirkliche Vorhandenseyn desselben in dem gegebenen Falle vorausgehen.

Daß nun weder diese Untersuchung noch die Ausübung jenes Zwanges den Betheiligten selbst überlassen werden kann, ist für sich klar.

Um den Zweck der Realisirung des Rechtes zu erreichen, muß ein Dritter, — der die nöthige Einsicht, Unbefangenheit und Macht besitzt, zu jenen beiden Functionen autorisirt werden. Dieser Dritte ist das Gericht. Durch die Einsetzung der Gerichte allein würde jedoch die vollständige Erreichung jenes Zweckes noch immer nicht vollständig gesichert seyn. Denn auch die Form der Untersuchung ist von wesentlichem Einflusse auf die Con-

statirung des Rechtes; und das äußere Zwangsrecht könnte leicht auf eine den Verletzer selbst wieder unnöthig kränkende Weise ausgeübt werden. Beides kann daher nicht dem individuellen Gutdünken und Ermessen der Gerichte überlassen werden, sondern es ist, um Mißbrauch und Ungleichheit zu vermeiden, nothwendig, sowohl in Bezug auf die Untersuchung, als auf das Zwangsverfahren gewisse allgemeine Normen festzusetzen, an welche sich die Gerichte bei der Ausübung dieser Functionen zu halten haben.

Die systematische Darstellung dieser Normen des gerichtlichen Verfahrens zum Zwecke der Entscheidung von Privatrechts-Streitigkeiten, so wie zum Behufe der etwa deßhalb zu gewährenden Hülfe durch Zwangsmittel — ist nun jener Theil der Rechtswissenschaft, welchen man die „Civilproceßtheorie" zu nennen pflegt.

Diesem Begriffe zufolge ist daher von der Civilproceßtheorie ausgeschlossen:

1) die Darstellung des Verfahrens bei Geschäften der s. g. willkürlichen Gerichtsbarkeit (jurisdictio voluntaria);

2) die Lehre von dem gerichtlichen Verfahren in solchen Fällen, in welchen es nicht auf die Verfolgung eines privatrechtlichen Anspruches, sondern auf die Untersuchung und Bestrafung eines Verbrechens abgesehen ist (Criminalproceß).

3) Da die Civilproceßtheorie eigentlich nur die Art und Weise des Verfahrens, d. h. die einzelnen Handlungen der Parteien und des Gerichtes, so wie das Ineinandergreifen dieser Handlungen anzugeben und zu erklären hätte, so würde, genau betrachtet, auch weder die Frage, „welche Sachen vor die Schranken des Civilgerichts gehören," — noch die „welche Personen bei einem Rechts-

streite thätig seyn müssen, oder doch können," — in den Kreis ihrer Erörterungen fallen. Allein des Zusammenhanges wegen sind diese Lehren (von dem Objecte und den Subjecten des Civilprocesses) schon längst in jenen Kreis mit aufgenommen worden. — Dagegen ist

4) die s. g. Decretir- und Referirkunst, so wie die Anleitung zur zweckmäßigen Abfassung von Parteivorträgen gewöhnlich besonderen Vorlesungen vorbehalten, obgleich es dem Begriffe der Proceßtheorie keineswegs widersprechen würde, wenn man auch diesen Unterricht damit verbände.

Vergl. v. Grolman, Theorie des gerichtl. Verf. §. 4 u. 5.

Im römischen Rechte kommt übrigens das Wort „processus" in dem Sinne noch nicht vor, welcher jetzt damit verbunden wird,

Vergl. Fr. 2. pr. D. 1. 2. Fr. 41. D. 24. 1.

sondern erst im canonischen Rechte.

c. 22. X. 1. 3.

Clem. 2. 5. 11.

---

§. 2.

Verschiedene Arten des Civilprocesses.

Von den verschiedenen Eintheilungen des Civilprocesses sind, — insbesondere für Deutschland — folgende zwei hervorzuheben:

I. die Eintheilung in gemeinen und particulären Proceß; und

II. die Unterscheidung zwischen dem ordentlichen und außerordentlichen Processe.

Zu I.

Die erste Eintheilung hat eine verschiedene Bedeutung, je nachdem man dabei auf die Quellen, oder

auf den Umfang der verbindenden Kraft Rücksicht nimmt.

Sieht man bloß auf die Quellen, so ist als Particularproceß der zu bezeichnen, welcher nur auf den Gesetzen und Gewohnheiten eines einzelnen deutschen Landes beruht.

Unter gemeinem deutschen Processe versteht man aber den, welcher sich nach den Vorschriften des römischen Rechts, — des canonischen Rechts, — und der deutschen Reichsgesetze, unter dem modificirenden Einflusse der allgemeinen Praxis in Deutschland ausgebildet hat.

Berücksichtiget man aber den Umfang der Gültigkeit, so ist als Particularproceß der zu bezeichnen, welcher nur in einem einzelnen deutschen Lande verbindende Kraft hat. Gemeiner deutscher Proceß ist aber das Verfahren, welches bei allen deutschen Gerichten beobachtet werden sollte, insoferne es an Landesgesetzen oder Gewohnheiten hierüber mangeln würde. Nur in dieser subsidiären Beziehung ist der Charakter der „Allgemeinheit“ dieses Verfahrens zu suchen. Ein Gerichtsverfahren, welches primitiv in ganz Deutschland auf gleichmäßige Art befolgt worden wäre, hat nie existirt. — Die Frage, ob von einem gemeinen Processe in der zweiten Bedeutung auch jetzt noch in Deutschland die Rede seyn könne, — (denn daß rücksichtlich der Quellen der gemeine Proceß noch in mehreren deutschen Ländern fortbesteht, kann selbst nach den neuesten legislativen Veränderungen in diesem Gebiete nicht bezweifelt werden), — ist gewiß zu verneinen, seitdem in einigen Staaten, z. B. in Oesterreich selbst der auf Gewohnheit beruhende Satz, daß in subsidium das röm. Recht u. s. w. gelten soll, ausdrücklich aufgehoben wurde. Durch die Rheinbundacte wäre jedoch die Fortdauer des gemeinen Processes in Deutschland noch keineswegs unmöglich

geworden. — Heffter, Institut. des Civilproc. S. 12. Nr. 11.

Daß übrigens die processualischen Vorschriften des gemeinen Rechtes auch in solchen deutschen Ländern, in welchen man sich mit formeller Gültigkeit nicht mehr auf sie berufen darf, doch bei der Abfassung der neuen Landesgesetze von dem wesentlichsten Einflusse waren, und daß sie diesen Einfluß auch auf die künftige Fortbildung des Processes in Deutschland auf legislativem, wie auf doctrinellem Wege üben werden, könnte nur von dem bezweifelt werden, der die Macht der Geschichte und der Tradition in der Fortbildung des Rechtes überhaupt zu ignoriren vermöchte. — G. Fr. Puchta, Pandecten. 3te Aufl. Leipz. 1845. §. 8. Aus diesem Grunde ist dem Studium des gemeinen Processes auch jetzt noch für ganz Deutschland eine mehr als bloß historische Bedeutung beizulegen.

Zu II.

Die zweite oben hervorgehobene Unterscheidung bezieht sich auf die Regelmäßigkeit des Vorkommens gewisser Formen der gerichtlichen Procedur. In den meisten Fällen erweisen sich nämlich dieselben Formen als die tauglichsten zur Erreichung des oben (§. 1) angeführten Zweckes. Sie werden daher in der Regel beobachtet, und eben daher nennt man das nach diesen Formen gebildete Verfahren das ordentliche. Verschiedene Gründe können jedoch zuweilen auch eine Abweichung von dieser regelmäßigen Form nothwendig machen, oder als zweckmäßig darstellen, und in solchen Ausnahmsfällen spricht man von einem außerordentlichen Verfahren, wovon der summarische Proceß eine Unterart bildet. — Vgl. meine Theorie der summar. Processe. 5te Aufl. §. 1 flg.

Gegenstand der vorliegenden Vorträge ist nur der ordentliche Proceß.

---

§. 3.

Quellen des gemeinen, deutschen Civilprocesses.

Frhr. v. Zu-Rhein, Jahrb. des bürgerl. Proc. I. Bd. S. 115. flg.

Sartorius in Linde und Marezolls Zeitschr. Neue Folge. Bd. I. S. 151. flg.

Ad. Aug. Friedr. Rudorff, Grdr. zu Vorl. über den gem. u. preuß. Civilpr. Berlin 1837. §. 2.

Die Quellen des gemeinen deutschen Civilprocesses sind: 1) das römische; 2) das canonische Recht; 3) die deutschen Reichsgesetze, und 4) einige Gesetze des deutschen Bundes, welche das gerichtliche Verfahren betreffen. — Außerdem gehört aber auch noch hieher, 5) das Gewohnheitsrecht und 6) die Natur der Sache.

Zu 1.

Das römische Recht ist zwar auch für den Civilproceß als die älteste Quelle — welche für das canonische Recht, so wie für die deutschen Reichsgesetze die Grundlage bildete — zuerst zu nennen. Allein für den deutschen Civilproceß hat dasselbe doch die überwiegende Bedeutung nicht, wie für das gemeine Civilrecht. — Denn

1) die meisten Bestimmungen über das Gerichtswesen, welche wir in der Justinianischen Sammlung finden, beziehen sich auf die Gerichtsverfassung der damaligen Zeit, — auf das Rechtsverhältniß der an dem Rechtsstreite theilnehmenden Haupt- und Nebenpersonen, — oder auf die mehr materiellen oder civilrechtlichen Momente des Verfahrens, — welche man das innere Proceßrecht nennen

könnte. — Ueber das bloß Formelle, d. h. über die Ordnung, in welcher die einzelnen Handlungen des Gerichts und der Parteien aufeinanderfolgen sollen, so wie über die Art und Weise des Vollzuges dieser Handlungen, — also gerade über das, was im rein processualischen Gebiete vorzugsweise in Betracht kommt, ist die Ausbeute aus dem römischen Rechte für das jetzt bestehende Recht verhältnißmäßig nur gering. — Aber auch abgesehen von dieser Unterscheidung, sind die Vorschriften des römischen Rechts über das Gerichtswesen

2) nur mit vielen Beschränkungen auf die Gegenwart anwendbar. — Manche dieser Bestimmungen haben überhaupt keine Gültigkeit mehr; theils weil sie unzertrennlich mit Eigenthümlichkeiten der untergegangenen römischen Staatsverfassung oder Gerichtsorganisation zusammenhängen, theils auch deßwegen, weil sie nie in der Praxis recipirt worden sind. — Andere werden zwar noch angewendet, aber nicht in ihrer ursprünglichen, reinen Bedeutung, sondern in einem andern Sinne, welcher ihnen von den Glossatoren beigelegt, und von dem späteren Gerichtsgebrauche anerkannt worden ist.

Dr. Aug. Bethmann-Hollweg, Vorrede zu s. Grundr. zu Vorles. über den gem. Civilproc. Berlin 1821. S. III. flg.

Zu 2.

§. 4.

Das canonische Recht ist für den gemeinen deutschen Civilproceß eine bedeutendere Quelle geworden als das römische.

Die justinianische Compilation war nämlich in Bezug auf diesen Gegenstand so unvollständig und unzusammenhängend, daß sich, — wie in neuester Zeit vollkommen

wahr bemerkt worden ist, — nicht absehen läßt, wie ohne einen ergänzenden Gerichtsgebrauch nach den Vorschriften jener Compilation ein vollständiges Verfahren eingerichtet werden konnte.

Dr. Aug. Bethmann-Hollweg, in der angef. Vorrede zu s. Grdr. S. VI.

Diese Ergänzung durch Tradition und Gerichtsgebrauch mußte aber seit dem Umsturze der römischen Herrschaft im Abendlande und in Folge des Eindringens germanischer Völker in Italien, Frankreich und Spanien immer mehr verschwinden, und an eine Fortbildung des Proceßrechtes auf dem Wege der weltlichen Gesetzgebung war unter den damaligen Umständen eben so wenig zu denken. Nur bei den geistlichen Gerichten hatte sich das römische Verfahren auf seiner traditionellen Grundlage noch einigermaßen erhalten, weil die Geistlichen nach römischem Rechte lebten, und vermöge ihrer Bildung mehr dazu befähigt waren, die römischen Gesetze zu fassen und anzuwenden.

Die inmitten der Zerrüttung der weltlichen Ordnung aufblühende Kirche war aber auch dazu berufen, das römische Recht in Beziehung auf Gerichtswesen und gerichtliches Verfahren durch ausdrückliche Verordnungen zu ergänzen, und mit Rücksicht auf die veränderten Zustände und Bedürfnisse der Zeit fortzubilden. Die Päpste waren nämlich durch Anfragen und Appellationen sehr oft veranlaßt, sich in ihren Rescripten und Decretalen auch über Gegenstände der Gerichtsverfassung und des gerichtlichen Verfahrens auszusprechen; und als diese Aussprüche späterhin in authentischen Sammlungen zusammengefaßt wurden, zeigte sich, daß sie vollständiger, zusammenhängender und den Bedürfnissen der Zeit entsprechender waren, als die lückenhaften, zerstreuten und häufig veralteten Vor-

schriften des römischen Rechts über diese Gegenstände. — Zunächst waren diese Aussprüche und Verordnungen der Päpste allerdings nur für die geistlichen Gerichte bestimmt; — allein das allgemeine Ansehen und die Macht der Kirche, so wie die — von ihnen selbst gefühlte Hülfebedürftigkeit der weltlichen Gerichte machen es vollkommen erklärbar, daß sich auch die letzteren das Verfahren bei den geistlichen Gerichten als Muster und Vorbild wählten. — Auch in der Doctrin des Civilprocesses gewannen aus den nämlichen Gründen bald die Canonisten das Uebergewicht über die Legisten.

Das bisher Angeführte war bereits in Italien eine vollendete Thatsache, als das römische Recht in Deutschland einzudringen begann. Gleichwie aber das römische Civilrecht nur in der Gestalt, welche es durch italienische Schule und Praxis erhalten hatte, in Deutschland recipirt wurde, eben so geschah es auch mit dem Civilprocesse.

Dr. Aug. Wilh. Heffter, System des röm. u. deutsch. Proc. Bonn 1843. S. 16. §. 20.

Ja, die Bereitwilligkeit zur Annahme der durch das canonische Recht bewirkten Modificationen des römischen Rechts war in Deutschland sogar noch mehr vorbereitet, als die zur Annahme des römischen Rechts selbst.

Der geschichtlichen Entwicklung zufolge dürfte es daher keine gewagte Behauptung seyn, daß der gemeine deutsche Proceß vorzugsweise auf der Grundlage des canonischen Rechts beruht.

Dr. C. Fr. Roßhirt, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter. S. 160.

Hiebei versteht sich jedoch von selbst, daß die Vorschriften des canonischen Rechts über das Verfahren in geistlichen oder kirchlichen Angelegenheiten, oder in Disciplinarsachen gegen Geistliche auf das Verfahren der

weltlichen Gerichte in bürgerlichen Streitigkeiten keine Anwendung finden; so wie, daß auch die allgemeinen processualischen Bestimmungen den abweichenden Vorschriften der deutschen Reichsgesetze und dem deutschen Gerichtsbrauche weichen müssen.

Zu 3.

§. 5.

Die reichsgesetzlichen Vorschriften über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betrafen entweder unmittelbar das gesammte deutsche Justizwesen, oder waren zunächst nur für die Reichsgerichte bestimmt. — Die Vorschriften der ersten Art kommen nur zerstreut in verschiedenen Gesetzen vor, und beziehen sich bloß auf einzelne Grundsätze oder Theile des Verfahrens. Eine allgemeine Reichscivilproceßordnung hat in Deutschland nie existirt.

Martin, Lehrb. 12te Aufl. §. 4. Not. a.

Hinsichtlich der zunächst nur für die Reichsgerichte bestimmten Proceßgesetze könnte es zwar als zweifelhaft erscheinen, ob auch sie als Quellen für den gemeinen deutschen Proceß bezeichnet werden dürfen, weil sie nicht für das gesammte Reich, sondern nur für ein einzelnes Gericht erlassen waren. Allein das überwiegende Ansehen des Reichskammergerichts, das Verhältniß der Territorialgerichte zu diesem obersten Gerichtshofe, welcher die höchste Instanz im Reiche bildete, die Unvollkommenheit des reichsständischen Gerichtswesens zur Zeit der Errichtung des Reichskammergerichts und in der nächsten Folgezeit, endlich auch der Umstand, daß sehr oft Beisitzer des Kammergerichts als Canzler oder Präsidenten in reichsständische Dienste übertraten, machen es begreiflich, daß jene Gesetze allmählich, selbst ohne einen directen Verpflichtungsgrund, —

auch bei den Territorialgerichten Eingang fanden. — Als aber in der Folge sogar durch Reichsgesetze (Dep. Absch. v. 1600 §. 15. u. J. R. A. §. 137.) ausdrücklich befohlen wurde, „daß die Churfürsten und die Stände des Reichs bei ihren Gerichten die Verordnung thun sollten, damit, so viel wie möglich, bei denselben die norma der kammergerichtlichen Proceß observirt werde, insofern nicht ein anderer modus eingeführt und beständig hergebracht wäre", — konnte auch diesen Gesetzen die Anerkennung des gemeinrechtlichen (subsidiär verbindenden) Charakters nicht mehr versagt werden.

Als die umfassendsten und einflußreichsten Gesetze dieser Art sind hervorzuheben:

1) Die Kammergerichts-Ordnung vom Jahre 1555, und auch die frühere vom Jahre 1495, insofern sie durch jene nicht abgeändert wurde. — Erstere ist abgedruckt in der neuen Sammlung der R. A. vom Jahr 1747 3. Thl. S. 43 — 136 und in Bergmanns Corp. jur. judic. civ. germanici academ. Hannover 1819. S. 119 flg.; letztere in der n. S. 2. Thl. S. 6 — 11 und bei Bergmann S. 11.

Die C. G. O. von 1555 ist übrigens die neueste geblieben; denn das Concept einer neuen Ordnung vom Jahr 1613 ist nie zum Gesetze erhoben worden. S. darüber Bergmann a. a. O. Not. 1).

2) Der Deputationsabschied vom J. 1600, abgedruckt bei Bergmann S. 320 flg.

3) Der jüngste Reichs-Abschied vom Jahre 1654, errichtet zu Regensburg unter Ferdinand III. — Der Kürze halber wird dieses Gesetz gewöhnlich nur mit den Anfangsbuchstaben (J. R. A.) citirt. — Abgedruckt ist dasselbe unter andern in der neuen Sammlung der Reichs-Abschiede. 3. Thl. S. 640 — 690, und, so weit

sich die Vorschriften auf Civilproceß beziehen, bei Bergmann a. a. O. S. 406 flg. — Commentare zu dem J. R. A.: Pauli Gambsii Com. in recess. imp. noviss. Wetzl. 1702. 4. — Neurodes pragm. Erl. des J. R. A. Jena 1752.

Die Reichshofraths-Ordnungen können nicht als Quelle des gemeinen Civilprocesses betrachtet werden, weil die Territorialgerichte nur auf die subsidiäre Beobachtung des kammergerichtlichen Verfahrens hingewiesen waren, das Kammergericht aber die Hofrathsordnungen nicht als verbindende Normen für sich anerkannte.

Danz, Grds. des Reichsgerichtsproc. §. 78. u. §. 86.

Ueber die s. g. gemeinen Bescheide des Kammergerichts s. Danz a. a. O. und Linde Abh. I. S. 149 flg. — Sartorius in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. Neue Folge Bd. I. S. 184.

Zu 4.

§. 6.

Die deutschen Bundesgesetze beziehen sich zwar größtentheils auf staatsrechtliche und politische Verhältnisse; indessen enthalten sie doch auch einige Bestimmungen über Gerichtswesen und gerichtliches Verfahren. — Vgl. die deutsche Bundes-Acte Art. 11 u. 12, und die Wiener Schlußacte Art. 29.

S. Linde, Lehrb. 7te Aufl. §. 64 a. E. vergl. mit der Vorrede zu dieser Auflage.

Zu 5.

§. 7.

Daß die Gewohnheit auch im Gebiete des Civilprocesses als eine vollgültige Rechtsquelle anzuerkennen

ist, kann bei den wiederholten und klaren Vorschriften der gesetzlichen Quellen hierüber keinem Zweifel unterworfen werden. Bei der Mangelhaftigkeit der ältesten gesetzlichen Grundlage, nämlich des röm. Rechts in Bezug auf processualische Einrichtungen (s. oben §. 3), mußte die Gewohnheit in diesem Gebiete selbst einen größeren Einfluß gewinnen, als im Gebiete des Civilrechts. In der That gibt es auch eine Reihe von processualischen Institutionen, deren Ursprung sich auf keine schriftliche Quelle zurückführen läßt, welche aber gleichwohl allenthalben anerkannt und befolgt werden. — Die Form, in welcher hier die Gewohnheit vorzugsweise hervortritt, ist die des Gerichtsgebrauches (Usus fori). — Seit der Auflösung des deutschen Reiches ist übrigens die Fortbildung des gemeinrechtlichen Verfahrens auf diesem Wege beinahe völlig erloschen.

Vgl. G. Fr. Puchta, Gewohnheitsrecht Thl. II. S. 262 Nr. 4, und besonders Sartorius im Arch. für civ. Prax. Bd. XXVII. S. 81 u. flg.

Zu 6.

§. 8.

Zur Ergänzung der in den bisher aufgezählten Quellen enthaltenen Bestimmungen muß nicht selten auch die Natur der Sache zu Hülfe genommen werden, d. h. das, was mit praktischer Consequenz aus einem positiven Rechtsinstitute hervorgeht.

Wenn nämlich das Gesetz zwar den Zweck einer Einrichtung angibt, aber die Mittel zur Erreichung dieses Zweckes unberührt läßt, oder den Umfang nicht bestimmt, in welchem die Einrichtung angewandt werden soll; so müssen dort die Mittel, hier die Gränzen des Instituts aus dem Begriffe und Zwecke desselben durch freie

Reflexion ermittelt werden, weil außerdem die Absicht des Gesetzes nicht zur wirklichen Ausführung gebracht werden könnte. Insofern bei dieser Operation weder dem Gesetze ein willkürlicher Zweck untergelegt, noch der klaren Vorschrift des Gesetzes aus subjectiven Billigkeitsrücksichten Abbruch gethan wird, läßt sich dagegen gewiß nichts erinnern.

Die Literatur des Civilprocesses bis zum Jahr 1837 findet man chronologisch zusammengestellt in Rudorffs Grundr. §. 2. S. 2 bis 16 und bis zum Jahre 1852 in E. Böcking, Grundriß zu Vorl. über den gem. d. Civilproc. Bonn 1852 §. 5 in den Noten, verb. mit dem Verzeichnisse von Abkürzungen, welches dem Grundrisse vorausgeschickt ist.

Die allgemeinsten Grundsätze des deutschen Civil-Processes.

vide pg. III Index

I. Staatsrechtliche.

§. 9.

A. Das Verbot der Selbsthülfe.

Was ist Selbsthülfe

Selbsthülfe im Rechtsgebiete ist — im weitesten Sinne — eigenmächtiges Handeln, mit Umgehung der Gerichte, um denselben Zweck zu erreichen, zu dessen Erreichung sonst die Gerichte eingesetzt sind.

Sie kann daher in zweifacher Absicht angewandt werden; entweder 1) bloß um eine Störung oder Verletzung des Besitzstandes abzuwenden, oder 2) um die Erfüllung eines rechtlichen Anspruches zu bewirken, den der Verpflichtete selbst nicht erfüllen will.

In der ersten Beziehung ist die Selbsthülfe nach gemeinem Rechte nicht verboten, wenn sie nur die Gränzen

der relativ nothwendigen Mittel nicht überschreitet (Selbstvertheidigung — Nothwehr). c. 1. C. 8. 4. Fr. 1. §. 27. D. 43. 16. In der zweiten Beziehung ist sie zwar untersagt, aber auch nur insofern, als sich der Berechtigte dabei solcher Mittel bedient, welche in den Gesetzen ausdrücklich für strafbar erklärt sind.

G. Friedr. Puchta, Vorles. II. S. 166 Nr. 1 und 2.
L. Arndts, Lehrb. I. §. 94.

Ja selbst das Verbot dieser Mittel fällt dann hinweg, wenn es dem Berechtigten unmöglich ist, die gerichtliche Hülfe anzurufen, und zugleich Gefahr auf dem Verzuge schwebt;

Fr. 10. §. 16. D. 42. 8.

sowie im Falle gewaltsamer Besitzentsetzung, wenn nur die gewaltsame Wiedererlangung des verlorenen Besitzes auf der Stelle geschieht.

F. 3. §. 9. Fr. 17. D. 43. 16.

Die Privatstrafen der unerlaubten Selbsthülfe gehören in die Vorträge über Civilrecht; die — möglicherweise — damit zusammentreffenden öffentlichen Strafen in die Vorträge über Criminalrecht.

Daß die Privatstrafen heutzutage nicht mehr anwendbar seyen, ist unrichtig, so wie daß durch Privatübereinkunft ein Recht auf die Ausübung unerlaubter Selbsthülfe begründet werden könne.

c. 3. C. 8. 14.
Ueber die scheinbar widersprechende c. 11. C. 4. 24.
s. Struben, rechtl. Bedenken II. 32.

In Deutschland ist das Verbot der Selbsthülfe erst durch den Landfrieden Maximilians I. vom Jahre 1495 zu allgemeiner und dauernder Geltung gelangt. Die frühere Gesetzgebung mußte sich wegen mangelnder Exe-

cutionsgewalt darauf beschränken, das Fehderecht gewissen Bedingungen und Formen zu unterwerfen.

v. Maurer, Gesch. des altgerm. Gerichtsverf. Heidelb. 1825. S. 247. Nr. 8.

Bergmann, C. j. Jud. S. 7. not. 2.

B. Das Verbot der s. g. Cabinets-Justiz.

Obgleich der Regent nach den Grundsätzen des deutschen Staatsrechts der höchste Inhaber der Gerichtsbarkeit im Staate ist, so ist er doch in der Ausübung dieses Rechtes nicht unbeschränkt. Insbesondere soll der Regent die Jurisdiction nicht in eigener Person, oder durch die Vollzugsorgane seines persönlichen Willens (Cabinet, bloße Verwaltungsbehörden) ausüben, sondern nur durch gehörig besetzte Gerichte. Ebensowenig sollen aber auch die Gerichte in ihrem eigenthümlichen verfassungsmäßigen Wirkungskreise durch Machtgebote des Regenten, oder durch Eingriffe oder Einmischungen anderer Behörden gehemmt oder gestört werden.

Eine Verletzung dieses Grundsatzes kann daher nicht bloß in der Art geschehen, daß der Regent eine streitige Privatrechtssache selbst entscheidet, sondern auch dadurch daß er die Untersuchung und Entscheidung derselben den Gerichten entzieht, und einer Verwaltungsbehörde überträgt; oder daß er sie ohne einen hinreichenden Rechtfertigungsgrund einem andern als dem gesetzlich dafür zuständigen Gerichte zuweist; oder durch den Befehl, eine Streitsache nicht nach den bestehenden Proceßgesetzen, sondern nach willkürlich bestimmten Normen des Verfahrens zu instruiren; oder endlich durch den Auftrag, in einer Sache die Rechtshülfe gänzlich zu verweigern.

Solche Verfügungen hingegen, welche weder selbst als eine richteramtliche Function erscheinen, noch die

ordentlichen Gerichte in ihrer verfassungsmäßigen Thätigkeit hindern oder stören, sondern nur als Ausflüsse des Oberaufsichtsrechtes oder der Regierungsgewalt zu betrachten sind, wie z. B. die Anstellung von Richteramtspersonen, die Visitation der Gerichte u. dgl. sind durch diesen Grundsatz keineswegs ausgeschlossen. Auch ist dieser Grundsatz nicht anwendbar auf die Behandlung der in einem Staate gesetzlich als administrativ contentiös bezeichneten Sachen, und ebensowenig auf den Fall einer gesetzlich zulässigen Delegation der Gerichtsbarkeit (Anordnung einer Commission).

Die Folgen einer Verletzung dieses Grundsatzes, so wie die Mittel, deren sich die Betheiligten im Falle einer solchen Verletzung bedienen können, sind verschieden je nach der Beschaffenheit des geschehenen unstatthaften Eingriffes. Sollte

1) eine Verwaltungsbehörde in Gemäßheit eines erhaltenen Auftrags die Instruction einer Civilstreitsache begonnen, und den Beklagten zur Verantwortung aufgefordert haben, so könnte dieser die Einlassung verweigern, und durch die Mittheilung des Vorganges an das zuständige Gericht einen Competenzconflict veranlassen, welcher nach den bestehenden Landesgesetzen erledigt werden müßte.

2) Wäre eine Streitsache ihrem ordentlichen Richter ohne hinreichenden Grund entzogen, und einem andern Gericht übertragen worden, so könnte sich der Beklagte gleichfalls durch eine gerichtsablehnende Einrede gegen die Einlassung verwahren.

3) Ein Befehl, in einer Civilsache die Justiz gänzlich zu verweigern, hat für das Gericht keine rechtlich verbindende Kraft. Sollte es aber demselben dennoch eine Folge geben, so stünde dem Rechtsuchenden zunächst

die gewöhnliche Beschwerde wegen verweigerter Rechtshülfe, — nach dem fruchtlosen Gebrauche derselben aber die Beschwerde wegen Verletzung der Verfassung zu Gebot. Im äußersten Falle ist dem Verletzten der Weg der Beschwerde bei der Bundesversammlung geöffnet. — In analoger Art würde auch der Fall zu behandeln seyn, wenn einem Gerichte die Beobachtung eines den bestehenden Proceßgesetzen widersprechenden Verfahrens befohlen worden wäre.

4) Unmittelbare Machtsprüche des Regenten, oder einer Verwaltungsbehörde in einer Privatstreitsache haben, wenn sie auch den Parteien von dem Gerichte eröffnet werden, doch nie die Kraft eines Urtheils, und können daher auch nicht rechtskräftig werden.

Das positive Fundament des bisher entwickelten Grundsatzes in allen angedeuteten Beziehungen ist schon in den deutschen Reichsgesetzen enthalten.

C. G. O. v. 1555. §. 1. und Thl. II. Tit. I. §. 1. Thl. II. Tit. 26. §. 1.

Vgl. Wahlcapitul. v. 1792. Art. XVI. §. 7 u. 8. D. A. v. 1600. §. 15. §. 27. J. R. A. §. 108.

Aber auch nach der Auflösung der deutschen Reichsverfassung ist derselbe allenthalben in Kraft geblieben. Insofern er sich auf die Justizverweigerung bezieht, hat ihn selbst die Bundesgesetzgebung sanctionirt.

Wiener Schlußacte Art. 29.

Die übrigen Anwendungen aber sind in den neuern Verfassungs-Urkunden der deutschen Bundesstaaten selbst noch schärfer hervorgehoben worden, als dieß in den deutschen Reichsgesetzen der Fall war.

C. Der Grundsatz des Rechtes der drei Instanzen.

Zur Abwehr der Selbsthülfe würde es hinreichen, wenn den Rechtsuchenden auch nur Gelegenheit gegeben wäre, ihre Ansprüche einmal obrigkeitlich zu prüfen und entscheiden zu lassen. Das gemeine Recht ist aber hiebei nicht stehen geblieben. Um richterliche Urtheile von den Einflüssen des Irrthums und der Uebereilung soviel wie möglich zu reinigen, war den streitenden Theilen schon in dem älteren Röm. Rechte gestattet, gegen Erkenntnisse durch welche sie sich beschwert fühlten, zu appelliren, d. h. bei einem höhern Richter dagegen Beschwerde zu führen, und dadurch eine wiederholte Prüfung der Sache zu veranlassen. In der Folge wurde zwar die Appellationsfreiheit beschränkt; allein die beschränkende Bestimmung ging doch nicht weiter, als „ne liceat tertio provocare."

c. un. C. 7. 70. Nov. 82. c. 5.

Das Recht, wenigstens zweimal gegen das Urtheil des zuerst angerufenen Richters zu appelliren, blieb also immer noch unangetastet, und wurde auch in der deutschen Reichsgesetzgebung, so wie nach der Auflösung des deutschen Reiches in der Bundesacte anerkannt.

D. Bundes-Acte. Art. XII.

Der Ausdruck „Recht der drei Instanzen" rührt davon her, weil man die stufenweise nacheinander angerufenen Gerichte „Instanzen" zu nennen pflegt, und weil, um eine zweimalige Appellation möglich zu machen, außer dem Untergerichte noch zwei höhere Instanzen vorhanden seyn müssen.

Der Grundsatz selbst ist übrigens nicht so zu verstehen, als wenn in jedem einzelnen deutschen Staate drei Instanzen organisirt seyn müßten, indem gemäß der Bundes-Acte den kleinern Bundesstaaten ausdrücklich gestattet ist,

sich zur Bildung eines gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichts zu vereinigen.

B. A. Art. XII.

Eben so wenig darf diesem Grundsatz der Sinn beigelegt werden, daß jeder streitende Theil in jeder Streitsache das Recht der drei Instanzen geltend machen könne. Denn in Folge particularrechtlicher Vorschriften über Gerichtsstands-Privilegien, vorzüglich aber über die Appellations-Summe leidet dieses Recht mancherlei Beschränkungen, dergestalt, daß bei geringfügigen Sachen nicht selten schon das Urtheil der ersten Instanz sofort als rechtskräftig erscheint.

Matth. Jos. Schick über das reichsständ. Instanzen-Recht u. s. w. Gießen u. Darmst. 1802.

Heffter, Instit. des Civilproc. S. 60. Nr. 19 u. 20.

Linde im Arch. für civ. Prax. XV. S. 176 flg.

Die neuesten Gesetze neigen sich überhaupt dahin, die Zahl der Instanzen auf zwei zu reduciren.

D. Der Grundsatz, daß die gerichtliche Hülfe nicht unentgeltlich geleistet wird.

Wer nämlich in Deutschland die Hülfe des Gerichts in Anspruch nimmt, muß nicht nur die Ausgaben bestreiten, welche mit seiner eigenen Thätigkeit oder mit den Dienstleistungen seiner Stellvertreter und Fürsprecher im Processe verbunden sind, sondern er hat auch an das Gericht Zahlungen zu leisten, und zwar nicht bloß als Vergütung der von dem Gericht selbst baar zu bestreitenden Auslagen, sondern auch als Belohnung für die Bemühungen, welche der Rechtsstreit den Gerichtspersonen verursacht (Gebühren, Sporteln).

Die Größe dieser zuletztgedachten Gebühren, welche hier allein in Betracht kommen, richtet sich nach den unter-

einander sehr abweichenden Taxordnungen der einzelnen Länder, oder des Gerichtes, bei welchem der Proceß geführt wird. Eine gemeinrechtliche Taxordnung gibt es nicht. Denn die Bestimmungen des neueren Röm. Rechts über diesen Gegenstand

Bethmann-Hollweg, Hdb. S. 241 flg.

konnten schon wegen der Verschiedenheit der Verhältnisse in Deutschland nie zur Anwendung kommen. Was aber die deutschen Reichsgesetze hierüber in Bezug auf das Reichskammergericht vorschreiben,

C. G. O. von 1555. Thl. I. Tit. 33. §. 1—3.

ist nie als eine verbindende Norm für alle deutschen Gerichte anerkannt worden.

Die Zahlungspflicht liegt zunächst immer derjenigen Partei ob, welche durch ihren Antrag eine taxable Verfügung des Gerichts veranlaßt hat (omnia fiunt sumtibus petentis), unter Vorbehalt des Anspruches auf Erstattung von Seite des Gegners, wenn dieser zuletzt zum Ersatz der Proceßkosten verurtheilt werden sollte. Die Taxen für solche gerichtliche Handlungen, welche entweder auf gemeinschaftlichen Antrag beider Parteien, oder von Amtswegen getroffen werden, müssen von beiden Theilen gleichheitlich getragen werden.

Geborgt werden übrigens — abgesehen vom Armenrechte — die Gerichtssporteln nicht. Aber auch zur Pränumeration ist keine Partei verpflichtet, ausgenommen bei solchen Maßregeln, welche für das Gericht selbst mit baaren Auslagen verbunden sind. — Sportelrückstände können ohne weiteres auf executivem Wege beigetrieben werden. Doch sucht man, wo es thunlich ist, solchen Rückständen durch Retention der gerichtlichen Decrete vorzubeugen, wenn der verpflichtete Theil die Taxe dafür nicht sofort entrichtet.

In frühern Zeiten kamen die Sporteln gewöhnlich den Gerichtspersonen selbst zu gute. Heutzutage werden sie aber beinahe überall dem Aerar verrechnet. Nur das subalterne Personal kann sich die ihm gesetzlich zugebilligten Gebühren auch jetzt noch selbst zueignen (z. B. die Gerichtsboten die Ladungs-Gebühren).

Die legislative Frage: ob nicht der Grundsatz des Sportulirens aufgehoben, und dafür eine allgemeine Gerichtssteuer eingeführt werden soll, durch deren Entrichtung Jedermann einen Anspruch auf sportelfreie Proceßführung gewänne, ist selbst von systematischen Gegnern des gemeinen Rechts wegen der mit dieser Veränderung verbundenen Gefahr der endlosen Vermehrung muthwilliger Processe verneint worden.

Gast, die Gebrechen der gem. deutsch. und sächs. Civilrechtspflege. Leipzig 1844. S. 55 flg.

Nur soll freilich aus den Gerichtssporteln nicht eine — die Kosten der Rechtspflege überwiegende Finanzquelle gemacht werden, wie — in Frankreich!

S. v. Feuerbach über Oeff. u. Mündl. der Rechtspflege. Bd. II. S. 316.

Eine Ausnahme von dem bisher erläuterten Grundsatze bildet gewissermaßen das s. g. Armenrecht, welches darin besteht daß unvermögenden Personen die Kosten des Processes vorläufig nachgesehen werden. — Dieses Recht soll aber einer Partei von dem in der Streitsache zuständigen Richter nur dann verliehen werden, wenn sie

1) ausdrücklich darum bittet, und beweist, wenigstens bescheiniget, daß sie arm sey;

C. G. O. v. 1555, Thl. I. Tit. 41. §. 1.

und wenn sie

2) den s. g. Armeneid leistet.

C. G. O. a. a. O. und Tit. 78 (wo die Eidesformel bestimmt ist).

Außerdem wird auch noch

3) vorausgesetzt, daß die Sache des Bittstellers nicht als offenbar ungerecht und grundlos erscheine,

C. G. O. a. a. O. §. 2.

weßhalb auch — wenn nicht etwa erst im Laufe des Verfahrens um Verleihung des Armenrechts gebeten wird — mit dem Gesuche die Klage, oder die Vertheidigung in der Hauptsache selbst verbunden werden soll,

D. A. v. 1600. §. 8 und 9.

damit der Richter in den Stand gesetzt werde, das Vorhandenseyn dieses Erfordernisses zu prüfen.

Der Begriff der Armuth ist aber hier nicht in seiner vollen Schärfe aufzufassen, sondern es genügt, wenn der Implorant auch nur darzuthun vermag, daß er nicht im Stande sey, außer seinen nothwendigen Bedürfnissen auch noch die Proceßkosten zu bestreiten.

S. die Formel des Eides in der C. G. O. I. Tit. 78.

Unter diesen Voraussetzungen kann aber Jedermann auf das Armenrecht Anspruch machen; auch juristische Personen sind nicht ausgeschlossen. Jedoch kommt dasselbe — als ein persönliches Recht — nur Dem zu statten, dem es verliehen worden ist, nicht auch seinen Erben, als solchen. Vielmehr ist der wohlhabende Erbe einer armen Partei verpflichtet, die der letztern creditirten Kosten nachzuzahlen.

Der Armeneid in seinem ganzen Umfange ist zusammengesetzt aus einem assertorischen Eide (der Bekräftigung des Unvermögens) — einem Calumnieneide (der Versicherung, daß man von seiner Habe nichts gefährlicher Weise veräußert oder weggegeben habe) und einem promissorischen Eide (dem eidlichen Versprechen der Nach-

zahlung, wenn man zu besserm Vermögen kommen sollte). In diesem Umfange kann er jedoch nur dann gefordert werden, wenn der von dem Imploranten beigebrachte ordentliche Beweis der Armuth den Richter nicht vollkommen überzeugt. Außerdem genügt das eidliche Versprechen der Nachzahlung.

Linde, Lehrb. 7te Aufl. §. 120.

Die in neuester Zeit aufgestellte Behauptung, daß jedesmal der volle Armeneid geleistet werden müsse, weil ein vollständiger Beweis der Armuth überhaupt nicht möglich sey, und weil die Reichsgesetze eine Trennung seiner Bestandtheile nicht zulassen,

Albrecht in der Zeitsch. für Civilr. u. Proceß XI. S. 100 flg.

Schmid, Hdb. Th. I. S. 209.

hat bezüglich des zweiten Grundes den R. A. v. 1566 §. 105 und D. A. v. 1600 §. 9, hinsichtlich des ersten Grundes aber die Bemerkung gegen sich, daß allerdings auch nach der gemeinrechtlichen Beweis-Theorie ein vollständiger Beweis der Armuth möglich ist.

Die Wirkung des Armenrechts besteht übrigens dem bisher Gesagten zufolge nicht in dem gänzlichen Nachlasse, sondern nur in einer Stundung der Zahlung bis zu dem Zeitpunkte einer Verbesserung der Vermögensumstände des Berechtigten, weßhalb auch nicht nur die Gerichtskosten wie sonst vorgemerkt werden (annotirt, woher auch die Benennung „beneficium *annotationis*"), sondern auch in dem Endurtheile wie gewöhnlich über den Kostenpunkt erkannt werden muß.

Der Vortheil der Stundung beschränkt sich aber keineswegs bloß auf die Gerichtssporteln allein, sondern erstreckt sich auch auf die Stempeltaxe, sowohl bei gerichtlichen Ausfertigungen, als bei schriftlichen Eingaben der

armen Partei. Ja selbst der Anwalt, welcher der armen Partei von Amtswegen beigegeben wird, ist verpflichtet das Honorar vorläufig zu creditiren. Damit übrigens nicht ein Anwalt unverhältnißmäßig mit Armensachen überbürdet werde, soll jedes Gericht einen Turnus unter den daselbst angestellten Advocaten beobachten.

C. G. O. v. 1555. Thl. I. Tit. 19. §. 5.

Die Frage, wie es mit solchen Kosten gehalten werden soll, welche nicht creditirt werden können, wird verschieden beantwortet, weil die Bestimmung der C. G. O. Thl. I. Tit. 53 gemeinrechtlich nicht Eingang gefunden hat. — Am angemessensten dürfte es seyn, in Fällen dieser Art folgende Regeln zu beobachten:

1) Wenn die betreffende, Kosten verursachende Handlung nicht unvermeidlich nothwendig ist, so soll sie unterlassen werden, falls nicht die arme Partei selbst die erforderlichen Geldmittel dazu aufzubringen weiß.

2) Können die Auslagen durch eine der Gegenpartei unschädliche Veränderung des Verfahrens vermieden werden, so ist dieser Ausweg zu ergreifen. Ist aber

3) keines dieser Mittel anwendbar, so lassen sich immer noch bessere Gründe für die Meinung anführen, welche den Vorschuß für solche Auslagen der Armencasse aufgebürdet wissen will, die für den Unterhalt des Armen überhaupt zu sorgen hat, als für die Ansicht, daß dieser Vorschuß der Sportelcasse, oder wohl gar dem wohlhabenden Gegner zur Last falle.

v. Gönner, Hdb. I. Abh. 24.

Schmid, Hdb. I. S. 207.

Ueber die abweichenden Ansichten: Leyser, med. spec. 85. med. 5. — Gensler, Hdb. S. 203 flg. — Linde, Lehrb. 7te Aufl. §. 120.

Das einer Partei für eine bestimmte Streitsache verliehene Armenrecht ist übrigens für andere Streitsachen derselben Partei nicht wirksam. Selbst dann, wenn sie in einem andern Rechtsstreite bei demselben Gerichte demselben Gegner gegenübersteht, ist sie wenigstens verpflichtet, auf den Fall der Verbesserung ihrer Glücksumstände die Nachzahlung eidlich zu versprechen.

R. A. v. 1566. §. 105.

Mißbrauch des verliehenen Armenrechts, falls sich ein solcher im Verlaufe des Processes herausstellen sollte, ist schon in den Reichsgesetzen mit Strafen bedroht.

C. G. O. v. 1555. Thl. I. Tit. 41. §. 3.

D. A. v. 1600. §. 8. u. 10.

Die auf einige Stellen des Röm. Rechts

c. 6. C. 7. 51.

c. 12. §. 4. C. 12. 19.

gegründete Behauptung, daß das einer Partei verliehene Armenrecht auch ihrem Gegner zu statten komme,

Gans, Zeitschr. für Civil- und Criminalrechtspflege. Hannov. 1826. B. I. H. 1. S. 26—32.

Sartorius im Arch. für civ. Prax. XVIII. S. 237.

hat jedenfalls die deutschen Reichsgesetze gegen sich.

C. G. O. v. 1521. Tit. 25. §. 1.

C. G. O. v. 1555. Thl. I. Tit. 41. §. 2. — Linde im Arch. f. civ. Prax. XX. S. 331.

Ueberhaupt kann das Armenrecht in seiner heutigen Gestalt im Röm. Rechte nicht gesucht werden, indem dasselbe den Armen (außer mehreren andern Classen von Personen) unbedingte Sportelfreiheit gewährte.

Nov. 17. c. 3.

Bethmann-Hollweg, Hdb. I. S. 244.

Auch das canonische Recht stimmte im Texte der

betreffenden Decretale C. 11. §. 4. in 6. De rescript. hierin mit dem Röm. Rechte überein. Nur die Glosse zu dieser Stelle bemerkt unter Bezugnahme auf eine andere (zu C. 5. X. De usuris), daß der Begünstigte, wenn er nachmals in bessere Vermögensumstände kommen sollte, zur Nachzahlung verpflichtet sey, und diese Ansicht ist von der Praxis und von den Reichsgesetzen recipirt worden. Auch der Armeneid ist canonisch-rechtlichen Ursprunges.

Albrecht, in der Zeitschrift von Linde und Marezoll. Bd. XI. S. 90. ff.

Fortsetzung.

§. 10.

Außer den bisher angeführten staatsrechtlichen Grundsätzen verdienen noch zwei andere erwähnt zu werden, welche in Folge der neuesten, sich mehr den französischen Institutionen zuneigenden Richtung der Gesetzgebung in Deutschland allenthalben besondere Berücksichtigung, in einigen Staaten aber bereits wirkliche Geltung erlangt haben, nämlich

1) der Grundsatz der Trennung der Rechtspflege von der Verwaltung, gemäß welchem das Richteramt von den Verwaltungsbehörden nicht nur in den höheren Instanzen, in welchen sie meistentheils bisher schon von einander getrennt waren, sondern auch in erster Instanz vollständig abgesondert werden soll; und

2) der Grundsatz der Collegialverfassung der Gerichte.

Die Gründe, welche für jene Trennung vorzugsweise angeführt werden, sind — Sicherstellung der Rechtspflege gegen fremdartige Einflüsse — Geschäftserleichterung für die betheiligten Behörden und Selten-

heit der Verbindung gleichmäßiger Tüchtigkeit zum Justiz- und Verwaltungsdienste in derselben Person. Gegen die Trennung spricht aber, auch abgesehen von der Kostspieligkeit dieser Einrichtung, die damit verbundene Unbequemlichkeit für die, welche in ihren Angelegenheiten obrigkeitliche Hülfe suchen, und Vermehrung der Competenz-Conflicte.

Die Collegialverfassung hat zwar vor der monokratischen Besetzung der Gerichte unstreitig den Vorzug, daß durch sie Unparteilichkeit und Gründlichkeit der Entscheidungen mehr gesichert werden. Allein bei dem mit dem collegialen Geschäftsgange unvermeidlich verbundenen größeren Zeit- und Kostenaufwande wird die Aufstellung von Einzelrichtern für dringende und geringfügige Streitsachen doch nie umgangen werden können.

Ueber das Princip der Colleg. s. Mittermaier im Arch. Bd. XIV. S. 398. — Vgl. Heffter ebend. Bd. XIII. S. 64.

II. Grundsätze in Ansehung der zu befolgenden Proceß-Ordnung.

§. 11.

A. Da der Richter auf die Beobachtung der Proceßgesetze seines Landes verpflichtet ist, so darf er nicht davon abweichen, und nach einer fremden Proceßordnung verfahren, selbst dann nicht, wenn die vor ihm streitenden Personen Ausländer sind, oder, wenn das Geschäft, worüber gestritten wird, im Auslande zu Stande gekommen ist, und dort andere Proceßgesetze gelten. — Dieser Satz gilt jedoch nur von der Form des Verfahrens; denn bei der Beurtheilung der Gültigkeit eines im Auslande ge-

schlossenen Geschäftes können und müssen allerdings auch ausländische Gesetze berücksichtigt werden.

Gensler Handb. S. 23. Ueber die Collision der Proceßgesetze s. Mittermaier im Arch. für civ. Prax. Bd. XIII. S. 293 flg. Dr. W. Schaeffner Entw. des internationalen Privatr. Frankf. 1841. v. Waechter im Arch. für c. P. Bd. XXIV. S. 230 flg.

B. So wenig der Richter aus eigenem Antriebe die bestehenden Proceßgesetze seines Landes verlassen darf, ebensowenig können ihm die streitenden Theile vorschreiben, daß er entweder nach einer fremden Gerichtsordnung, oder nach selbst ersonnenen Normen verfahren soll. (Es gibt keinen Conventionalproceß vor Gericht.) Wenn jedoch die Landesgesetze selbst verschiedene Verfahrungsarten billigen, und den Parteien die Wahl überlassen, so ist der Richter allerdings verbunden, ihren in dieser Beziehung gestellten Anträgen Folge zu leisten. — Auch ist es den streitenden Theilen erlaubt, einzelnen, bloß zu ihrem Vortheile eingeführten Formen des Verfahrens durch Verzicht oder Uebereinkunft zu entsagen.

Clem. 2. 5. 11.

Gensler, a. a. O. S. 27.

K. G. Neundorf, Erört. Tübing. 1807. S. 144. flg.

Der allein ausreichende Grund der angeführten Regel liegt übrigens auch hier in dem Umstande, daß der Richter nur auf die Gesetze seines Landes verpflichtet ist. Denn die hiefür unter Bezug auf c. 13. C. 6. 23. geltend gemachte Ansicht, daß der Civilproceß ein Theil des öffentlichen Rechts und in dieser Eigenschaft der Abänderung durch Privatwillkür entzogen sey, ist keineswegs in Bezug auf alle processualischen Formen und Verhältnisse richtig.

Die Frage, ob oder inwiefern eine neu eingeführte Proceßordnung auch auf die schon vor der Promulgation derselben anhängig gewordenen Rechtsstreitigkeiten anwendbar sey, wird gewöhnlich schon durch transitorische Bestimmungen in dem neuen Gesetze selbst entschieden.

Sollte aber das neue Gesetz eine Bestimmung hierüber nicht enthalten, so ist das neue Gesetz allerdings dann nicht anwendbar, wenn durch die Anwendung desselben der organische Zusammenhang des bisherigen Proceßsystems zerstört, — oder eine Partei dadurch außer Stand gesetzt würde, ihren rechtlichen Anspruch zu realisiren, oder endlich, wenn ein streitender Theil durch die Anwendung des neuen Gesetzes eines processualischen Vortheils beraubt würde, welchen er bereits in dem bisherigen Verfahren auf gesetzlichem Wege erworben hatte.

Daß aber für die zur Zeit der Promulgation des neuen Gesetzes schon anhängigen Processe durchgehends und bezüglich aller formellen Bestandtheile noch die ältere Proceßordnung zur Richtschnur genommen werden müsse, wie in neuester Zeit behauptet worden ist,

Meyer, principes sur les questions transitoires p. 29.
Schmid, Handb. Thl. I. S. 9. §. 6.
Vgl. Mittermaier im Arch. B. X. S. 118. flg.

läßt sich bei der Selbständigkeit einzelner Formen, und bei der Unabhängigkeit derselben von den Fundamentalprincipien eines bestimmten Proceßsystems nicht behaupten. —

Würde übrigens eine Partei durch die Anwendung des neuen Gesetzes in die Lage versetzt werden, einen noch unter der Herrschaft des vorigen Gesetzes erworbenen, und nach diesem Gesetze realisirbaren Anspruch vor Gericht gar nicht mehr geltend machen zu können; so könnte sie das ältere Gesetz selbst in dem Falle noch anrufen, wenn die Klagestellung erst nach der Promulgation des

neuen Gesetzes stattfände, insofern nicht in dem neuen Gesetze ausdrücklich das Gegentheil bestimmt wäre.

III. Grundsätze in Ansehung des Verfahrens selbst.

§. 12.

Von den das Verfahren selbst betreffenden Grundsätzen verdient A. vor allen angeführt zu werden der Grundsatz der Nothwendigkeit des wechselseitigen Gehörs — (Niemand soll ungehört verurtheilt werden; — audiatur et altera pars), — weil, auch abgesehen von positiven Bestimmungen,

fr. 1. pr. D. 48. 17. c. 3. C. 7. 43.
Clem. 2. de sentent.

ein gerechtes Urtheil überhaupt mit Sicherheit nicht erwartet werden kann, wenn nicht der Richter vorher beide Theile über den streitigen Gegenstand gehört hat. — Eine Verletzung dieses Grundsatzes, — welcher übrigens nicht bloß auf die Vertheidigung gegen den ersten Hauptangriff — die Klage — beschränkt ist, — sondern auch hinsichtlich der Vertheidigung gegen jede erst im Laufe des Verfahrens vorkommende Angriffhandlung gilt, hat die Folge, daß das Urtheil als ungültig erscheint, und nöthigenfalls mit dem außerordentlichen Rechtsmittel der Nullitätsquerel angefochten werden kann.

J. R. A. §. 122.

Indessen ist es zur Abwendung dieser Folge hinreichend, wenn nur dem Angegriffenen in gesetzlicher Form Gelegenheit zur Vertheidigung gegeben wurde. Versäumt er diese Gelegenheit selbst, so kann nach den Grundsätzen über den Ungehorsam allerdings gültig gegen ihn

erkannt werden. — Auch kann sich begreiflich der Angegriffene auf diesen Grundsatz nicht berufen, wenn der Richter den gegen ihn gestellten Antrag sofort zurückgewiesen hat, ohne vorher den Angegriffenen darüber zu hören. — Dagegen wird selbst in den summarischen Verfahrungsarten, welche die Eigenthümlichkeit haben, daß gegen den Beklagten ohne dessen vorläufige Vernehmung in der Hauptsache etwas verfügt werden darf, — diesem das Recht der Vertheidigung keineswegs gänzlich entzogen. —

B. Die s. g. Verhandlungs-Maxime. — Allgemein aufgefaßt besteht dieser Grundsatz darin, daß der Richter im Civilprocesse den Parteien gegenüber eine vorwiegend objective Stellung einzunehmen hat, gemäß welcher er denselben in der Regel weder vorzugreifen, noch etwas zu ergänzen oder beizufügen berechtiget ist, was sie nicht selbst in gehöriger Form vorgetragen oder begehrt haben.

Den Gegensatz dieser Maxime bildet das s. g. Untersuchungsprincip, welches dem Criminalverfahren zu Grunde liegt. Die speciellen Anwendungen der Verhandlungsmaxime pflegt man durch folgende Sätze auszudrücken:

I. Der Richter soll nicht früher einschreiten, als bis er dazu aufgefordert wird (non procedat ex officio);

II. auch im Falle einer geschehenen Aufforderung soll er seine Beschlüsse nicht weiter ausdehnen, als soweit das Gesuch der ihn auffordernden Partei reicht (ne eat ultra petita partium); endlich

III. soll er die Motive seines Urtheils nur aus den Materialien schöpfen, welche ihm die streitenden Theile selbst an die Hand gegeben haben, selbst dann, wenn er zufällig als Privatmann anders von der Sache unterrichtet wäre (quod non in actis, non in mundo).

ad. B; formelle Wahrheit: bei d. Untersuchgsmaxime erhielt man mehr materielle Wahrheit.

Daß nun der deutsche Civilproceß — im Ganzen betrachtet — von diesem Grundsatze beherrscht wird — ist im Hinblicke auf positive Bestimmungen des gemeinen Rechts nicht zu bezweifeln.

Tit. Cod. 3. 7.

D. A. v. 1600. §. 30.

Aber auch von dem legislativen Standpunkte betrachtet verdient dieser Grundsatz in dem Civilprocesse den Vorzug vor dem Untersuchungsprincip, nicht bloß deßwegen, weil die Rechte, welche den Gegenstand dieses Verfahrens bilden, jederzeit ganz oder theilweise von Parteien aufgegeben werden können, sondern auch, und zwar vorzugsweise aus dem Grunde, weil durch die objective Stellung, welche das Verhandlungsprincip dem Richter anweist, das Vertrauen auf seine Unparteilichkeit ungleich mehr aufrecht erhalten wird, als dieses in Folge der Untersuchungsmaxime der Fall seyn würde.

Mittermaier, der gem. d. Proc. I. Beiträge. S. 42 flg.

Daß die Untersuchungs-Maxime an sich dem Streben nach Verwirklichung des materiellen Rechtes mehr zusagt, ist allerdings nicht zu läugnen. Allein die Erfahrung hat da, wo man den Versuch machte, dieser Maxime im Civilprocesse Eingang zu verschaffen, gelehrt, daß die mit der Ausführung verbundenen Schwierigkeiten der Erreichung jenes Zieles sogar noch hinderlicher sind, als das Princip des gemeinen Rechtes.

Gust. Friedr. Gärtner, Kritik des Untersuchungs-Princips des preuß. Civilproc. Berlin 1832.

F. H. Sonnenschmidt, einige Bemerk. über das Civilproceß-Verfahren in Neu-Vor-Pommern u. s. w. Greifswald 1839.

Wie übertrieben übrigens der Vorwurf ist, daß die Verhandlungs-Maxime den Richter zu einer bloßen Maschine herabwürdige, ergibt sich aus den vielfachen Beschränkungen, welchen sie in jeder der oben angeführten drei Beziehungen unterworfen ist.

Die Regel nämlich, daß der Richter nicht von Amtswegen einschreiten dürfe (s. oben I.) leidet nicht nur dann eine Ausnahme, wenn eine richterliche Verfügung durch das öffentliche Interesse geboten ist, oder wenn es gilt, der Gefahr einer Nichtigkeit des Verfahrens vorzubeugen; sondern sie bezieht sich überhaupt nicht auf die bloß proceßleitende Thätigkeit des Richters, welche sich — unabhängig von den Anträgen der streitenden Theile — nach den Vorschriften der Proceßordnung zu richten hat. Auch ist es dem Richter unbenommen, zur Ausmittlung des Streitpunktes, oder zu seiner besseren Information über die Beschaffenheit des streitigen Gegenstandes von Amtswegen das Geeignete (z. B. Augenschein, Fragestellung) anzuordnen, wenn er sich durch die Parteivorträge nicht genügend darüber aufgeklärt findet (c. 9. C. 3. 1. — c. 6. X. 2. 1. — c. 10. X. 2. 22. — Clem. 2. 5. 11.); — so wie im Falle eines unvollständig geführten Beweises den Erfüllungs- oder den Reinigungseid aufzulegen.

Die Regel, daß der Richter die Gesuche der Parteien nicht überschreiten dürfe (oben II.) ist jedenfalls buchstäblich zu verstehen (denn auf weniger als gebeten, darf allerdings erkannt werden R. D. A. v. 1600 §. 30); und in den Theilungsprocessen ist sie überhaupt nicht anwendbar, wohl aber in Beziehung auf Accessionen und Nebensachen, Früchte, Zinsen und Proceßkosten, — obgleich nicht selten angenommen wird, daß der Richter hierüber auch ungebeten erkennen dürfe.

Der Satz endlich, daß der Richter bei der Urtheilsfällung nur Das berücksichtigen dürfe, was die Parteien selbst vorgetragen, oder zu seiner Ueberzeugung beigebracht haben (oben III.), bezieht sich nur auf die thatsächlichen Momente, keineswegs aber auch auf die Rechtsgründe und Gesetze, nach welchen die vorgebrachten Thatsachen zu beurtheilen sind. Diese darf und muß sogar der Richter von Amtswegen ergänzen, wenn sie von den Parteien nicht berührt, — und berichtigen, wenn sie unrichtig angeführt worden sind.

c. un. C. 2. 11.

Nur dann ist in dieser Hinsicht eine Ausnahme zu machen, wenn in den Gesetzen etwas bloß zum Vortheile einer Partei angeordnet ist, und sie selbst darauf Verzicht leistet, — vorausgesetzt, daß nach der Beschaffenheit des in Frage stehenden Gesetzes überhaupt ein Verzicht als zulässig erscheint.

Außerdem bildet auch noch die Notorietät eine Ausnahme von der Regel, daß der Richter nichts als gewiß gelten lassen dürfe, was nicht von einer Partei entweder zugestanden oder förmlich bewiesen worden ist.

Die — obgleich früherhin allgemein verbreitete, und gewissermaßen selbst von den Gesetzen unterstützte Meinung aber, daß die Wirkung der Verhandlungs-Maxime zum Vortheile der anrufenden Partei auch durch den Gebrauch der s. g. clausula salutaris noch mehr beschränkt werden könne, — wird jetzt mit Recht als unbegründet verworfen.

S. über diese Clausel:

R. A. v. 1550. §. 13.

R. A. v. 1551. §. 32 (wo die deutsche Formel dafür angegeben ist).

V. A. v. 1551. §. 4.

V. A. v. 1556. §. 20. 21.
D. A. v. 1557. §. 33.
D. A. v. 1600. §. 30.
Conc. der C. G. O. v. 1613. Tit. 22. §. 12.
J. H. Boehmer J. E. P. l. I. Tit. XXXII. §. 4—10.
Stryck, opp. Tom. XII. Diss. 2.
Heffter, Syst. S. 326. §. 266.
Vorzüglich aber: Sintenis Erläut. Hft. 2 u. 3. S. 621 flg.

Ueber die Verhandlungs-Maxime im Allgemeinen ist zu vergleichen:
v. Gönner, Handb. I. 8.
Dr. W. H. Puchta, über die Gränzen des Richteramtes. Nürnberg 1819; und dessen Beiträge zur Gesetzg. u. Prax. 1. 2.
Sintenis Erläut. Heft 2 u. 3 S. 365 flg.
Schmid, Hdb. Thl. I. S. 271.

C. Die s. g. Eventualmaxime.

Es ereignet sich nicht selten, daß einer Partei verschiedene Vertheidigungsmittel zu Gebote stehen, von welchen vielleicht eines allein schon hinreichen würde, den Zweck zu erreichen. Am deutlichsten tritt dieser Fall hervor, wenn dem Beklagten dilatorische Einreden zur Seite stehen, wenn er sich zugleich in der Lage befindet, den Grund der Klage ohne Verletzung der Wahrheit widersprechen zu können, und wenn er außerdem noch selbst gegen die bewiesene Klage durch eine oder mehrere peremtorische Einreden geschützt wäre.

Der Natur der Sache zufolge wäre es nun in einem Falle dieser Art keineswegs nothwendig, alle diese Mittel auf einmal vorzubringen, und dieselben gleichzeitig nebeneinander zu verhandeln, sondern der Beklagte könnte sie

auch successiv (d. h. das zweite nach dem Fehlschlagen des ersten u. s. f.) einführen und geltend zu machen suchen. Weil jedoch diese successive Ein- und Durchführung der einzelnen Vertheidigungsmittel mit der Gefahr einer bedeutenden Proceßverzögerung verbunden ist, so hat der J. R. A. §. 37 verordnet, daß der Beklagte mit der Antwort auf die Klage auch zugleich das, „was er dilatorie oder peremtorie dabei einzuwenden haben mochte, — und zwar alles auf einmal bei Strafe der Präclusion einzubringen schuldig seyn soll.“ — In dieser Vorschrift liegt das Wesen der Eventualmaxime. Sie ist zwar mit der Gefahr verbunden, daß man öfter ein Vertheidigungsmittel durchführen muß, von dem sich hinterher zeigt, daß es gar nicht nothwendig gewesen wäre; gewährt aber andererseits den ungleich mehr berücksichtigungswerthen Vortheil der Proceßabkürzung. — Die Benennung „Eventualmaxime“ ist allerdings passend gewählt, weil bei der Anwendung dieses Grundsatzes jedes in nachfolgender Reihe eingeführte Vertheidigungsmittel nur für den Fall (in hunc eventum) vorgeschützt wird, wenn das vorausgehende fehlschlagen sollte. Spuren dieses Grundsatzes, welcher übrigens im mündlichen Verfahren weder so nothwendig, noch so leicht durchführbar ist, wie im schriftlichen, finden sich schon im canonischen Rechte,

c. 4. X. De except.

und in den ältern deutschen Reichsgesetzen, insofern, als wenigstens die gleichartigen Vertheidigungsmittel, z. B. alle dilatorischen, oder alle peremtorischen Einreden gegen die Klage auf einmal vorgebracht werden mußten.

Z. B. schon C. G. O. von 1500 XII. §. 1 und 8 „alle (peremtorias exc.) in einem Termin und zu einemmal.“ C. G. O. v. 1507. IV. §. 1.

v. 1571. Tit. XIX. §. 5. C. G. O. v. 1555. Tit. XXIV. §. 2. Weiter geht schon der R. A. v. 1570. §. 89. Vgl. R. A. v. 1594. §. 63. D. A. von 1600. §. 117—120.

Was übrigens der J. R. A. direct in Bezug auf dilatorische Einreden, Beantwortung der Klage und peremtorische Einreden vorgeschrieben hatte, wurde nicht bloß folgeweise auch auf Replik und Duplik angewandt,

J. R. A. §. 45 und 48

sondern auch auf das Beweisverfahren (welches bei den Territorialgerichten nach dem Vorbilde des sächsischen Processes eine andere Stellung erhalten hatte, als im kammergerichtlichen Processe) in der Art ausgedehnt, daß nicht nur alle Beweismittel bei der Beweisantretung auf einmal vorgeschlagen, sondern auch Beweis und Gegenbeweise nicht nacheinander, sondern nebeneinander eingeleitet und durchgeführt werden sollen.

S. jedoch Heise u. Cropp, jurist. Abhandl. I. S. 266 flg.

Der auf den Fall der Verletzung der Eventualmaxime gesetzlich angedrohte Nachtheil der Präclusion tritt jedoch in allen Fällen erst dann wirklich ein, wenn alle rechtlichen Bedingungen einer besondern Ungehorsamsstrafe (also Versäumung der zum Vorbringen der in Frage stehenden Rechts- oder Vertheidigungsmittel bestimmten peremtorischen Frist, sowie eine vorausgehende Ungehorsams-Beschuldigung von Seite des Gegners bei der Versäumung bloß richterlicher Fristen) — vorhanden sind. — Ja selbst unter dieser Voraussetzung findet jene Drohung keine Anwendung auf solche Proceßmittel, welche erst nach dem Ablauf der Frist entstanden, oder zur Kenntniß der Partei gekommen sind, — oder welche ohne die Gefahr, eine unheilbare

Nichtigkeit zu veranlassen, nicht unberücksichtiget bleiben können.

Die unbedingte Ausdehnung der Eventualmaxime auch auf die Thätigkeit des Richters ist nicht zu billigen. Denn auch abgesehen davon, daß die Gesetze überall nur die Thätigkeit der Parteien hiebei im Auge halten, würde — um diesem Grundsatze dem Richter gegenüber Nachdruck zu verschaffen, ein anderes Zwangsmittel als die Präclusion nöthig seyn, — und nicht selten würde sogar die consequente Durchführung des Princips in dieser Richtung, anstatt der Beschleunigung, eine Verzögerung zur Folge haben.

Ueber die ganze Lehre ist nachzulesen die vortreffliche Abhandlung von J. A. M. **Albrecht**: die Ausbildung des Eventualprincips, Marburg 1837.

D. Schriftlichkeit des Verfahrens.

Es ist ein Grundsatz des gemeinen deutschen Processes, daß nicht nur das Urtheil, sondern auch die Vorträge der Parteien und die Beschlüsse und Verfügungen des Gerichtes bei Vermeidung der Nichtigkeit schriftlich aufgezeichnet werden sollen, sey es nun, — was die Parteivorträge betrifft, — daß diese von den streitenden Theilen schon in der Form schriftlicher Aufsätze dem Gerichte überreicht werden, — wie im ordentlichen Processe, — oder daß sie zwar mündlich vor dem Gerichte gehalten, von diesem aber zu Protokoll genommen werden, wie dieses gewöhnlich im summarischen Processe geschieht (Recessus orales; — protokollarisches Verfahren, oder Verfahren „vom Munde in die Feder"). Nur in ganz unbedeutenden Streitsachen wird unter Bezugnahme auf Nov. 17 c. 3 an manchen Orten von dem

Gebrauche der Schrift selbst bei der Urtheilsfassung Umgang genommen.

Dem altdeutschen Rechte war dieser Grundsatz fremd. Höchstens wurden hie und da kurze Urtheils= oder Gerichtsbriefe ausgefertiget. — Auch in dem römischen Gerichtsverfahren, selbst noch zur Zeit Justinians, war die mündliche Form der Verhandlung die Grundform, obgleich sich seit dem Eintritte der kaiserlichen Herrschaft und der damit zusammenhängenden Ausbildung der Appellation die Schrift nicht bloß als ein unterstützendes, sondern in mancher Beziehung auch als ein wesentliches Element der mündlichen Form beigesellt hatte.

c. 3. C. 7. 44.

c. 15. C. 7. 62. Vgl. jedoch Nov. 17. c. 3.

Die Aufnahme des Röm. Rechts allein würde daher in Deutschland nicht zur unbedingten Herrschaft der schriftlichen Form im Processe geführt haben. Dieser Umschwung kann nur dem Einflusse des canonischen Rechtes zugeschrieben werden, welches schon im 12ten Jahrhundert die schriftliche Aufzeichnung aller gerichtlichen Verhandlungen für so wesentlich erklärt hatte, daß ohne die Beobachtung dieser Form der Richter nicht einmal die Vermuthung eines gesetzlichen Verfahrens für sich in Anspruch nehmen konnte.

c. 11. X. De probat. (Innoc. III.) vergl. mit Clem. 2. De V. S.

Dieser Vorschrift folgten auch die deutschen Reichsgesetze, und zwar nicht bloß in Bezug auf das Verfahren bei dem Reichskammergerichte, sondern auch bei den Territorialgerichten.

C. G. O. v. 1521. Tit. XXIV. §. 3.

C. G. O. v. 1555. Thl. I. Tit. 28. §. 5. und Thl. II. Tit. 31. §. 2.

Interessante Aufschlüsse über die Form des allmählichen Ueberganges von dem mündlichen zum schriftlichen Verfahren in Deutschland gewähren die von A. F. H. Schaumann unlängst bekannt gemachten Acten eines schriftlichen Processes aus dem Anfange des 14ten Jahrhunderts.

A. F. H. Schaumann, die Acten des ersten schriftlichen Processes in Deutschland nach röm. canon. Formen. Jena 1847.

Der — allerdings das Maß des Nothwendigen immer mehr überschreitende Gebrauch der Schrift, durch welchen die Dauer der Processe verlängert, der Kostenaufwand vermehrt und die Rechtspflege dem Bewußtseyn und der Theilnahme des Volkes beinahe gänzlich entfremdet wurde, hat in der neuesten Zeit nicht nur zu vielfachen Klagen über diese Mißstände Veranlassung gegeben, sondern von mancher Seite ist deßhalb sogar der Wunsch nach gänzlicher Verbannung der Schrift aus unseren Gerichtssälen laut geworden. Die Erfüllung dieses Wunsches würde jedoch unfehlbar wieder dieselben Uebelstände zur Folge haben, zu deren Abwendung man sich in früherer Zeit genöthigt fühlte, den Gebrauch der Schrift bei gerichtlichen Verhandlungen zu Hülfe zu nehmen. Nicht darin besteht das Uebel, daß überhaupt geschrieben, sondern darin, daß zu viel geschrieben wird, und die Aufgabe einer besonnenen Gesetzgebung kann daher nur darin bestehen, den Mißbrauch zu entfernen, ohne dem vernünftigen — in mehrfacher Beziehung unentbehrlichen Gebrauche der Schrift zu nahe zu treten.

Vgl. Dr. Bluntschli, Allgem. Staatsr. München 1852. II. Abth. S. 480 flg.

(Ueber die weitere Literatur s. den nächstfolgenden Absatz a. E.)

E. Grundsatz der Oeffentlichkeit des Verfahrens.

Wenn man, wie es in der neuern Doctrin geschieht, zweierlei Arten der Oeffentlichkeit unterscheidet, nämlich Oeffentlichkeit für das Volk, — und Oeffentlichkeit bloß für die Parteien, so besteht allerdings auch noch in dem gegenwärtigen gemeinen deutschen Civilverfahren der Grundsatz der Oeffentlichkeit, aber freilich nur in der letzteren, beschränkten Bedeutung; und selbst in dieser nicht unbedingt, indem den Berathungen des Gerichtes, sowie dem Zeugenverhöre nicht einmal die streitenden Theile beiwohnen dürfen.

Im altgermanischen Gerichtsverfahren herrschte jedoch allenthalben das Princip der volksthümlichen Oeffentlichkeit, und, so lange noch das Recht nur in dem Bewußtseyn und in der Erinnerung des Volkes lebte und sich fortbildete, war die Theilnahme des Volkes nicht bloß eine äußerliche Formalität, sondern die Grundbedingung des Rechtsprechens selbst, — d. h. die Umstehenden waren nicht bloß müßige Zuhörer, sondern sie hatten die Aufgabe, das Urtheil selbst zu finden. Zur bloßen Form wurde die Zulassung des Volkes erst seit der Einführung römisch-deutscher Rechtsbücher, welche den Gerichtsvorstand der Mühe überhoben, erst die Umstehenden zu befragen, was Rechtens sey; umsomehr, als diese die großentheils fremden Bestimmungen des Rechtsbuches gar nicht verstanden. Aber auch als bloße **Form** mußte die Theilnahme des Volkes verschwinden seit der Einführung des **schriftlichen** Verfahrens, weil jetzt die Anwesenden nicht einmal mehr den Inhalt der gegenseitigen Streitvorträge kennen lernten, und daher die öffentliche Verhand-

lung nur zu einem Schaugepräge herabsank, welches höchstens eine momentane Neugierde befriedigen konnte.

Ueber die Geschichte des öffentlichen und mündlichen Verfahrens siehe

v. Feuerbach, Betracht. über Oeffentl. und Mündl. Gießen 1821.

Maurer, über Oeffentl. und Mündlichkeit u. s. w. Heidelberg 1824. 4.

v. Freyberg, über das altdeutsche öffentl. Gerichtsverfahren. Landshut 1824.

Buchner, das öffentliche Gerichtsverfahren. Erlangen 1825.

Die Frage, ob es nicht wünschenswerth und zweckmäßig sey, den Grundsatz der volksthümlichen Oeffentlichkeit wiederherzustellen, ist in neuester Zeit nicht bloß in wissenschaftlichen Abhandlungen, sondern auch in einer Fluth von Broschüren erörtert, und je nach dem politischen Standpunkte der Verfasser auf verschiedene Art beantwortet worden. — Daß von der Einführung der Oeffentlichkeit zu dem Zwecke der Urtheilsfindung durch das anwesende Publicum nicht mehr die Rede seyn könne, versteht sich wohl von selbst. Auch wird von besonnenen Vertheidigern der Oeffentlichkeit nicht in Abrede gestellt, daß dieselbe für das Verfahren in Criminalsachen eine größere Bedeutung habe, als für den Civilproceß, so wie, daß die Oeffentlichkeit der richterlichen Berathungen weder hier noch dort empfohlen zu werden verdiene.

Aber auch als ein bloßes Mittel der Controle des formellen Rechtsganges dürfte die Oeffnung der Gerichtsthüren für das ganze Publicum von geringer Wirksamkeit seyn, weil gewöhnliche Privatrechtsstreitigkeiten außer den Betheiligten in der Regel Niemanden inter-

essiren, und daher der Erfahrung zufolge bei civilgerichtlichen Verhandlungen auch bei geöffneten Thüren die Gerichtssäle doch leer stehen.

Genau genommen würde daher durch die Einführung der volksthümlichen Oeffentlichkeit nur der dem deutschen Gerichtsverfahren so häufig gemachte gehässige Vorwurf der „Geheimthuerei" niedergeschlagen werden. — Daß übrigens die Oeffentlichkeit ohne Mündlichkeit von selbst zu Grabe geht, folgt aus dem natürlichen Zusammenhange beider Einrichtungen, und wird durch das Zeugniß der Geschichte bestätiget.

Vgl. Dr. Jölix, über Mündl. und Oeffentl. des Gerichtsverfahrens. Karlsruhe 1843. S. 54 flg.

Ed. Frhr. v. Völderndorff-Waradein, Blätter für Fortschritt in der Civilrechtspflege. Nördlingen 1847. Heft 2. S. 113 flg.

Dr. Dernburg, Abhandl. aus dem Gebiete des gem. und französischen Civil- und Proceßrechtes. Frankfurt a. M. 1849. S. 244 bis 252.

Dr. Bluntschli, Allgem. Staatsrecht. II. Abth. S. 478—480.

Von dem Objecte des Civilprocesses.

§. 13.

Begriff und Merkmale einer Civilstreitsache.

Die Beantwortung der Frage, was Gegenstand eines Civilprocesses seyn könne, oder, was eben so viel ist, — unter welchen Voraussetzungen sich eine Sache zur Verhandlung und Entscheidung durch die Civilgerichte eigne,

ist für die Parteien, wie für den Richter von gleich großer Wichtigkeit; — für jene, damit sie nicht ihre Anträge an unzuständige Behörden bringen, für diesen, damit er weder seinen Wirkungskreis ungebührend ausdehne, noch demselben etwas vergebe. Aus diesem Grunde ist auch die Bestimmung der Gränzen zwischen Civilproceßgegenständen und Regierungs-, Polizei- und s. g. Kammersachen immer ein reichhaltiger Stoff zu Untersuchungen und Erörterungen gewesen.

Man hat sich nicht damit begnügt, bloß die eigenthümlichen Merkmale einer Civilproceßsache anzugeben, sondern es ist auch vielfach versucht worden, den Unterschied zwischen Regierungs- und Kammersachen, dann zwischen diesen und Polizeisachen genau zu bestimmen. Versuche dieser letzten Art scheinen jedoch nicht in die Theorie des Civilprocesses zu gehören, von welcher zunächst nur gefordert werden kann, daß sie die wesentlichen Merkmale einer Civilstreitsache angebe. Wohin die Gegenstände gehören, bei welchen diese Merkmale nicht zutreffen, ist eine Frage, deren Beantwortung in das Gebiet der Vorlesungen über administrative Fächer gehört. Die wesentlichen Bedingungen aber, unter welchen eine Beschwerde in der Form einer Klage an die Civilgerichte gebracht werden kann, sind folgende:

1) Es muß ein Recht im engeren Sinne des Wortes, eine gesetzlich begründete Verbindlichkeit, — nicht bloß die Erfüllung einer s. g. Gewissenspflicht in Frage stehen.

2) Dieses Recht muß — wenigstens angeblich — verletzt, — oder die Verbindlichkeit nicht erfüllt worden seyn, und zwar

3) von einem Solchen, der den Civilgerichten unterworfen ist. — Endlich

4) die Absicht des Verletzten muß auf die Geltendmachung eines privatrechtlichen Interesse, nicht auf öffentliche Bestrafung des Verletzers gerichtet seyn.

Mit Rücksicht auf die Voraussetzung unter Ziffer 3 ist die Frage zu beantworten, ob und inwiefern auch wegen beschwerender Anordnungen und Verfügungen der Regierungsbehörden eine Klage bei den Civilgerichten stattfinden könne. Es kommt nämlich darauf an, ob nach der Verfassung des Landes wegen der in Frage stehenden verletzenden Handlung der Fiscus den Gerichten unterworfen ist oder nicht. Nur wenn, und in so weit dieses der Fall ist, kann eine Civilklage erhoben werden. Außerdem ist nur der Weg der Gegenvorstellung und Beschwerde bei den betreffenden Verwaltungsstellen zuläßig.

Wenn aber auch eine Civilklage als zuläßig erscheint, so kann doch der Zweck und Erfolg der Klage und des richterlichen Urtheils immer nur in der Entschädigung des Verletzten, aber nicht darin bestehen, daß der Regierungsgewalt eine bestimmte Norm vorgeschrieben würde, an welche sie in ihrem eigenthümlichen Wirkungskreise gebunden wäre.

Auch der einzelne Beamte ist, insofern er innerhalb der Gränzen seiner amtlichen Befugnisse handelt, Demjenigen, der sich durch seine Handlungen verletzt fühlt, vor den Civilgerichten nicht verantwortlich. Absichtliche Pflichtverletzung kann aber auch gegen den öffentlichen Beamten, selbst gegen den Richter, eine Privatklage begründen (z. B. die Syndicatsklage). Doch hat in manchen Ländern die Regierung zur Aufrechthaltung des öffentlichen Vertrauens in gewissen Fällen auch für Veruntreuungen der Beamten, mit Vorbehalt des Regresses

an dieselben, den Beschädigten gegenüber die primäre Haftung übernommen.

Außer den oben angeführten allgemeinen Merkmalen einer Civilproceßsache wird nicht selten unter Bezugnahme auf das Röm. Recht

Fr. 35. D. 5. 1.
Fr. 186. D. 50. 17.
Fr. 9. pr. D. 12. 1.

auch noch gefordert, daß das zu verfolgende Recht bereits exigibel (ein jus praesens, nicht futurum) sey. Allein dieses Erforderniß gehört nicht hieher. Denn wenn auch einer vorzeitig erhobenen Klage die Einrede der Verfrühung entgegengesetzt werden kann, so hört deßhalb die Sache, — wenn anders alle oben bezeichneten Merkmale bei ihr zutreffen, nicht auf eine Civilproceß-Sache zu seyn; — sie wird dadurch nicht zur Verwaltungs-Sache.

Uebrigens leidet — beiläufig bemerkt — selbst der Satz, daß vor dem Zeitpunkte der Fälligkeit keine gerichtliche Streitverhandlung in der Hauptsache stattfinde, zuweilen eine Ausnahme, z. B. im Concursprocesse (siehe meine Theorie des Concursproc., §. 52) und zuweilen in Folge einer Provocation ex l. Diffam. (s. meine Theorie der summarischen Proc. 5te Aufl. S. 126, Note 18). — Daß vor der Verfallzeit ein Streit über die Sicherstellung des in Frage stehenden Rechtes zulässig ist,

Fr. 41. D. 5. 1.
Fr. 38. D. 17. 2.
Fr. 4. D. 42. 6.
Vgl. Fr. 40. D. 9. 2.
Dr. W. H. Puchta, Dienst der d. Justizämter, II. S. 11. Nr. 3.

kann eigentlich nicht als Ausnahme betrachtet werden, weil das Recht auf Sicherstellung ein gegenwärtiges ist. Ueber den ganzen Gegenstand ist nachzusehen:

- v. Gönner, Hdb. I. 25 und II. 26. Archiv für civ. Prax. IV. S. 305 flg.
- v. Gaisberg, Vorkenntniß zur Theorie des bürgerl. Proc. Stuttg. 1820, §. 195—217.
- C. v. Pfizer, über die Gränzen zwischen Verwaltungs- und Civiljustiz. Stuttg. 1828.
- Pfeiffer, prakt. Ausführ. Hannover. 1831. Bd. III. S. 186—436. Bd. V. S. 201—520. Bd. VI. S. 1—135.
- L. Minigerode, Beiträge zur Beantw. der Frage: Was ist Justiz- und was ist Adm.-Sache. Darmstadt 1835.
- Dr. Gottl. Leberecht Funke, die Verw. in ihrem Verh. zur Justiz. Zwickau 1838.
- Dr. Roßhirt, in s. Zeitschrift für Civil- u. Crim.-Recht. II. S. 132.
- Mittermaier, im Arch. für civ. Prax. Bd. XXI. S. 254. Bd. XXII. S. 47. Bd. XXIII. S. 125.
- Brackenhöft, Erört. S. 104—126.

§. 14.

Eine Ausnahme von den im vorigen Paragraph aufgestellten allgemeinen Grundsätzen bilden die s. g. administrativ contentiösen Sachen. Aus Rücksicht auf das öffentliche Wohl und zum Zwecke einer rascheren Erledigung glaubte man nämlich gewisse Streitsachen, obgleich bei denselben alle oben angegebenen Merkmale einer Civilproceßsache zutreffen, — doch der Cognition und Judicatur der Gerichte entziehen, und den Verwal-

tungs- und Polizeibehörden zur Verhandlung und Entscheidung zuweisen zu sollen. Das Motiv dieser Ausscheidung ist jedoch an sich schon so schwebend und arbiträr, daß man sich nicht darüber wundern darf, in dieser Beziehung unter den verschiedenen Gesetzgebungen keine Uebereinstimmung zu finden. An eine gemeingültige Feststellung aus objectiven Gründen ist aber bei dem gegenwärtigen Stand der Quellen des öffentlichen Rechts in Deutschland eben so wenig zu denken.

Es bleibt also, um sich gegen unerwartete gerichtliche Zurückweisungen in einzelnen Fällen sicher zu stellen, nichts anderes übrig, als sich vor der Anstellung einer gerichtlichen Klage in den Gesetzen desjenigen deutschen Staates, in welchem man die Klage erheben will, darnach umzusehen, ob nicht etwa der Gegenstand derselben in dem Register der administrativ-contentiösen Sachen vorkommt.

Rudhart, über die Verw. der Justiz durch die admin. Behörden. Würzb. 1817.

Nibler, im Arch. f. c. Pr. III. S. 374.

Mittermaier, ebend. IV. S. 344.

Noch mißlicher ist übrigens die Unbestimmtheit, mit welcher sich die Gesetzgebungen der einzelnen deutschen Staaten über die Gränzen der Civiljustiz und der Administration aussprechen. Denn diese Unbestimmtheit ist die Quelle der s. g. Competenz-Conflicte, d. h. der Reibungen zwischen zweierlei Behörden, welche entweder beide denselben Gegenstand vor ihr Forum ziehen wollen (positiven Conflict), oder von welchen keine sich der Sache annehmen will (negativen Conflict).

Die Entscheidung solcher Conflicte, welche auch abgesehen von den Kosten, die sie verursachen, störend und verzögernd auf die Verhandlung der Hauptsache einwirken,

war ehedem nach dem Vorbilde der französischen Gesetzgebung regelmäßig dem Staatsrathe übertragen. Allein in der neuesten Zeit ist zu diesem Zwecke in einigen Staaten eine eigene, aus höheren Justiz- und Verwaltungsbeamten zusammengesetzte Behörde eingeführt worden, welche eine stärkere Garantie gegen Einseitigkeit der Auffassung und Beurtheilung darzubieten schien (z. B. in Bayern durch das Gesetz vom 28 Mai 1850).

Vgl. Mittermaier, im Arch. für civ. Prax. Bd. XIII. S. 95 flg.

Linde, Lehrb. (7te Aufl.) §. 46. S. 61. Not. 2.

J. A. Seuffert, Commentar über die bayer. Gerichtsord. Erlang. 1836. Bd. I. S. 160 flg.

Verhältniß mehrerer Civilstreitsachen zu einander.

§. 15.

Mehrere Civilstreitsachen stehen entweder außer aller Berührung miteinander, oder sie sind (der üblichen doctrinellen Auffassung und Terminologie zufolge) formell conner — oder materiell conner.

I. Bei mehreren Streitsachen, welche sich gegenseitig gar nicht berühren, kann — insofern sie wenigstens bei demselben Gerichte zusammentreffen — nur die Frage in Betracht kommen, in welcher Reihenfolge sie vorgenommen und erledigt werden sollen? —

Das Röm. Recht enthält hierüber nur die allgemeine Bemerkung, daß die Obrigkeiten bei Anhörung der postulationes eine gewisse Gleichheit beobachten, und nicht aus Rücksicht auf persönliches Ansehen oder Ungestüm

einzelner Postulanten die übrigen zurücksetzen oder vernachlässigen sollen.

Fr. 9. §. 4. D. De off. procons.

Die deutschen Reichsgesetze wiederholten im Allgemeinen diese Vorschrift des Röm. Rechts (z. B. V. A. von 1713 §. 60.), verordneten aber außerdem noch besonders, daß die ältesten und die gefreiten (privilegirten) Sachen vor anderen erlediget werden sollen.

C. G. O. v. 1555. Thl. I. Tit. 10. §. 2. a. E. und §. 8.

V. A. v. 1713. §. 70.

Als gefreite Sachen sind in den Reichsgesetzen ausdrücklich zwar nur Spoliensachen (C. G. O. a. a. O. §. 8.), dann Sachen, bei welchen Gefahr auf dem Verzuge steht (R. A. v. 1566. §. 177 u. 118.), und Armensachen (V. A. v. 1713. §. 60.) bezeichnet; jedoch mit allgemeinem Vorbehalte der gemeinrechtlichen Bestimmungen hierüber (C. G. O. v. 1555 a. a. O. §. 8., oder sonst vermög der Recht privilegirt), weßhalb auch unter Beziehung auf röm. und canon. Recht wohl auch noch andere Sachen zu den gefreiten gezählt wurden.

Vgl. Glück, Com. VI. S. 519. Nr. III.

Bei dem Reichskammergerichte hat jedoch diese Rangordnung in der späteren Zeit durch das in Folge des außerordentlichen Geschäftsdranges sogar gesetzlich gebilligte Institut der „Sollicitatur“ namentlich in Bezug auf den Vorzug des Alters einen großen Theil seiner Bedeutung verloren.

J. R. A. §. 152.

Pütter, proc. imp. (ed. 5.) §. 60—63.

Dr. Jul. Wilh. Planck, die Mehrheit der Rechtsstreit. im Proceßrecht. Götting. 1844. S. 438.

Die Territorialgerichte aber, für welche dieses Institut nicht gegeben war, hielten sich, und halten sich auch gegenwärtig noch, insofern nicht durch besondere Geschäftsordnungen etwas anderes bestimmt ist, an den allgemeinen Grundsatz, daß die dringendsten Sachen vor den übrigen, unter diesen aber die älteren vor den neueren den Vorzug haben sollen.

Vgl. Mühlenbruch, Entw. des gemeinr. Civilpr. 2te Aufl. Halle 1840. S. 27. Nr. 2.

II. Formell connex nennt man mehrere Streitsachen dann, wenn sie gleichzeitig nebeneinander in denselben Acten instruirt werden, ohne Rücksicht darauf, ob sie auch ihrem Inhalte nach etwas mit einander gemein haben oder nicht. (Passender wäre daher für dieses Verhältniß der früherhin übliche Ausdruck: contin. *extrinseca.*) — Die Beantwortung der Frage, ob ein Zusammendrängen verschiedener selbständiger Rechtsstreitigkeiten in ein Proceßgeleise zuläßig sey, hängt im Allgemeinen davon ab, ob die gleichzeitige Verhandlung voraussichtlich mit der Gefahr einer Unordnung im Verfahren verbunden ist, oder nicht. In dem letzten Falle ist gegen eine formelle Cumulation dieser Art um so weniger etwas zu erinnern, als dadurch den streitenden Theilen die Kosten einer mehrfachen, gesonderten Proceßführung erspart werden. Aus diesem Grunde ist auch die Zuläßigkeit einer solchen formellen Verbindung im Falle einer Streitgenossenschaft bei vorhandener Identität des Berechtigungs- oder des Verpflichtungsgrundes der Streitgenossen keinem Bedenken unterworfen. — Nicht so unbedenklich ist sie bei der s. g. Klagenhäufung, namentlich bei der subjectiven ohne Identität des Klagegrundes; und gewissermaßen selbst bei der Widerklage. Das

Nähere hierüber wird jedoch zweckmäßiger bei diesen Lehren selbst vorgetragen.

Ob übrigens die Gefahr einer Unordnung zu besorgen sey oder nicht, hängt in jedem Falle von dem Ermessen des Richters ab.

Im Allgemeinen ist hiebei nur zu bemerken, daß die Form des schriftlichen Verfahrens der zusammengreifenden Behandlung mehrerer Streitigkeiten günstiger ist, als die mündliche.

Vgl. überh. Gensler, Handb. zu Martin's Lehrb. S. 71—78.

§. 16.

III. Der Ausdruck „materielle Connexität" (contin. *intrinseca*) hat in der gemeinrechtlichen Doctrin eine abstracte Bedeutung erhalten, welche dem römischen Rechte eben so fremd ist, als das Wort selbst. Man versteht nämlich darunter jeden inneren Zusammenhang zwischen zwei oder mehreren Streitfragen. Dieser innere Zusammenhang kann aber der herkömmlichen Vorstellungsweise zufolge beruhen, entweder

1) auf der Identität des factischen und rechtlichen Grundes mehrerer bestrittener Ansprüche (materielle Connexität im engsten Sinne des Wortes; continentia causarum ex identitate fundamenti); oder

2) auf einem Conditionalverhältnisse, wenn nämlich dieselbe Streitfrage in mehreren Processen vorkommt, aber in einem derselben die Hauptstreitfrage bildet, während sie in dem andern als eine Vorfrage erscheint, von deren Entscheidung die Entscheidung der Hauptfrage in diesem Rechtsstreite abhängt (Präjudicialsachen); oder

3) auf dem bloß fördernden oder nützlichen Einfluß, den eine Streisache auf die andere haben kann (präparatorische Sachen); oder endlich

4) auf der Entstehung, indem eine Streitsache durch die andere hervorgerufen wurde (Incidentsachen).

Diese verschiedenen Begriffsmodificationen der materiellen Connerität werden übrigens nicht bloß auf mehrere formell selbständige Hauptstreitsachen angewandt, sondern auch auf alle einzelnen, im Laufe eines und desselben Hauptstreites auftauchenden Zwischenstreitfragen, welche nur als vermittelnde Glieder in der Kette des Hauptverfahrens selbst erscheinen.

Praktische Bedeutung sucht man diesen Begriffen dadurch zu geben, daß man theils der Connerität überhaupt, theils den einzelnen Arten derselben eigenthümliche rechtliche Wirkungen beilegt, namentlich 1) daß alle materiell conneren Sachen in der Regel bei demselben Gericht verhandelt und entschieden werden sollen, weßhalb auch ein bloß auf diese Rücksicht begründeter specieller Gerichtsstand (das s. g. forum connexit. materialis) aufgestellt wird; 2) daß insbesondere in Folge des Präjudicialverhältnisses stets die bedingende Streitfrage vor der bedingten entschieden werden müsse; — endlich 3) daß Incidentstreitsachen in der Regel summarisch zu verhandeln seyen.

Vgl. darüber im Allgem. Gönner, Handb. I. 25.
Martin, Lehrb. 12te Aufl. §. 30 flg.
Gensler, Hdb. S. 73 flg.
Gaisberg, Vork. zur Theor. d. bürg. Proc. Stuttg. 1820. §. 113 flg.
Mühlenbruch, Entwurf (2te Aufl.) Halle 1840. §. 51 flg.

§. 17.

Daß nun mehrere Streitsachen in einem, beziehungsweise sogar zugleich in mehreren der eben angedeuteten Zusammenhangs-Verhältnisse stehen können, ist keinem Zweifel unterworfen. Wäre es daher bei der gewöhnlichen Darstellung nur auf eine logische Classification ohne praktischen Einfluß abgesehen, so könnte dieselbe zwar als entbehrlich, aber doch nicht als irreführend bezeichnet werden.

Allein die Grundsätze und Regeln, welche man an diese Begriffe knüpft, enthalten — zumal wenn man jene Begriffe auch auf alle Incidentfragen in einem und demselben Rechtsstreite anwendet — manches Unrichtige; weßhalb auch die Meinungen der genannten Schriftsteller in dieser Beziehung keineswegs übereinstimmen. — Insbesondere ist 1) die Behauptung, daß alle materiell connexen Sachen vor dasselbe Gericht gehören — abgesehen von den Incidentpunkten, welche als Entwickelungsmomente desselben Hauptstreites erscheinen) in dieser Allgemeinheit gewiß nicht zu billigen, indem — wie sich in der Lehre von den Gerichtsständen zeigen wird — das s. g. forum conn. mater. nur für gewisse Fälle gesetzlich begründet ist.

Planck, die Mehrheit der Rechtsstr. bes. S. 337. flg.

Was aber 2) die Regel betrifft, daß im Falle eines s. g. Präjudicialverhältnisses die bedingende Streitfrage vor der dadurch bedingten erlediget werden soll, so ist zwar dieselbe allerdings im neueren Röm. Recht schon anerkannt, wenigstens als Fingerzeig für das Ermessen des proceßleitenden Richters

Planck, a. a. O. S. 247 flg. (Ueber die Bedeutung des Wortes praejudicium in älteren Recht,

so wie über den wahren Sinn der alten Regel „per *minorem* causam *majori* cognitioni praejudicium fieri non debet" s. ebendas. S. 176—204. vergl. mit T. Brackenhöft die Ident. u. mat. Conner. der Rechtsverh. Götting. 1839. S. 362 flg.)

und gilt in dieser Eigenschaft auch jetzt noch. Allein in ihrer Anwendung auf die Incidentstreitfragen, die zur Entwickelung desselben Processes gehören, bezieht sie sich zunächst nur auf die Entscheidung allein, da die Instruction solcher Zwischenfragen, in der Regel wenigstens — und wenn nicht der Richter besondere Gründe hat das Verfahren in der Hauptsache einstweilen einzustellen, mit dem letzteren gleichen Schritt hält. — Stehen aber zwei verschiedene Hauptprocesse in diesem Verhältnisse, so soll zwar der Richter, wenn beide vor ihm anhängig werden, den Rechtsstreit über das bedingte Verhältniß selbst so lange ruhen lassen, bis über das bedingende rechtskräftig entschieden ist.

Allein aus überwiegenden Gründen der Zweckmäßigkeit kann er doch auch in diesem Falle von der Regel abweichen.

Planck, a. a. O. S. 501 flg.

Endlich 3) die Regel, daß Incidentsachen summarisch verhandelt werden sollen, kann nur auf Zwischenpunkte desselben Processes bezogen werden, wenn es nicht der Richter zweckmäßiger findet, dergleichen Punkte an der Form des Verfahrens in der Hauptsache Theil nehmen zu lassen. — Ein selbständiger Hauptstreit, welcher zufällig durch einen anderen hervorgerufen wurde, ist immer in der Proceßart zu instruiren, zu welcher er sich seinem Gegenstande nach eignet.

Von den Subjecten des Civilprocesses.

Allgemeine Grundsätze.

§. 18.

Die Personen, welche im Civilprocesse vorkommen, sind theils Hauptpersonen, ohne welche überhaupt kein gerichtlicher Rechtsstreit möglich ist; — theils Nebenpersonen, deren Theilnahme entweder bloß zufällig ist, — oder welche zwar nothwendig sind, aber doch nicht in jedem Rechtsstreite.

Hauptpersonen sind die streitenden Theile — Kläger und Beklagter, und das Gericht.

In Bezug auf diese sind im Allgemeinen folgende Sätze zu bemerken:

I. die genannten drei Personen müssen immer insofern von einander getrennt seyn, als a) der Richter nie zugleich in derselben Sache auch die Rolle eines streitenden Theiles,

c. un. C. 3. 5.

Fr. 5. D. 4. 8.

eben so wenig aber auch b) ein streitender Theil die Rolle seines Gegners so in sich vereinigen kann, daß außerdem gar keine Gegenpartei vorhanden wäre.

Fr. 4. §. 7. D. 10. 1.

Aus diesem Grunde muß (zu a) ein anderer Richter bestellt werden, wenn der bisherige Richter während des Processes Erbe einer Partei geworden ist;

Fr. 17. D. 5. 1.

und wer die väterliche Gewalt über eine Partei hat, kann in einem Rechtsstreit derselben nicht Richter seyn.

Fr. 10. D. 2. 1.

Nicht dagegen ist fr. 77. D. 5. 1.

Vgl. Dr. Friedr. L. Keller, der röm. Civilproc. Leipz. 1852. I. Abth. S. 50.

Eben so wenig ist (zu b) ein Rechtsstreit möglich zwischen dem Vater und seinen Kindern in väterlicher Gewalt;

Fr. 16. 47. 2.

Vgl. fr. 11. D. 5. 1.

c. 3. C. 2. 2.

ausgenommen α) in Bezug auf das peculium castr. vel quasi castr.;

Fr. 4. D. 5. 1.

β) bei Streitigkeiten über Alimentation;

Fr. 5. §. 8. D. 35. 1.

γ) bei Klagen der Kinder wegen Verweigerung einer testamentarisch angeordneten Emancipation;

Fr. 92. D. 35. 1.

endlich δ) wegen widerrechtlicher Zurückhaltung der Ehefrau.

c. 11. X. 4. 1.

Wenn aber (zu b) zwei Personen als wirkliche Gegner einander gegenüberstehen, so kann allerdings in gewissen Fällen jede derselben zugleich die Rolle des Klägers und Beklagten in sich vereinigen. Eine Vereinigung dieser Art kommt namentlich vor bei judiciis duplici und gewissermaßen auch bei der Widerklage.

II. Mehr als zwei Partei-Rollen sind im Civilprocesse nicht möglich. Wohl aber können diese Rollen unter mehr als zwei Personen vertheilt seyn.

III. Die streitenden Hauptpersonen des Processes können auch juristische Personen seyn. Das Gericht muß immer, auch abgesehen von der Collegialverfassung, wenigstens aus zwei Individuen bestehen, nämlich aus dem Richter selbst und dem Actuar.

Von den streitenden Theilen insbesondere.

Begriffe.

§. 19.

Die Ausdrücke „Kläger" und „Beklagter" bezeichnen bloß ein thatsächliches Verhältniß. Nicht darauf kommt es an, wer in einem bestimmten Falle nach den Grundsätzen des Civilrechts der wahre Berechtigte und der wahre Verpflichtete ist, sondern nur darauf wer zuerst einen gerichtlichen Angriff gegen einen Andern gemacht, und gegen wen er diesen Angriff gerichtet hat. Jener ist Kläger, dieser ist Beklagter.

Fr. 29. D. 10. 3.

Selbst in denjenigen Fällen, in welchen beide Parteien im Processe gleiche Rechte haben (judic. duplicia fr. 10. D. 10. 1.), entscheidet die Priorität des Anrufens über die Parteirolle, und bei gleichzeitigem Anrufen das Loos.

Fr. 13. 14. D. 5. 1.
Fr. 2. §. 1. D. 10. 3.

Berücksichtiget man hiebei die Absicht der beiden Theile, so geht die Absicht des Klägers dahin, eine Veränderung des Zustandes, welcher vor der Anstellung der Klage vorhanden war, und durch welchen er sich verletzt glaubte, durch richterliche Hülfe zu bewirken. Der Beklagte fühlt sich aber erst durch die Klage verletzt, und sucht den Zustand vor Erhebung derselben durch den Ausspruch des Richters aufrecht zu erhalten.

Hieraus folgt, daß der Kläger als solcher im schlimmsten Falle nur mit seiner Klage abgewiesen, aber nicht verurtheilt werden kann; — ein Satz, welcher auch in Ansehung der Proceßkosten, im Falle einer Widerklage

und selbst bei den judiciis duplic. nur scheinbar eine Ausnahme leidet.

v. Gaisberg, Allg. Vorb. §. 89 a. Not. e.
v. Savigny, System des heut. Röm. Recht. Bd. VI. S. 327 flg.

Für den Streit in der Hauptsache selbst bleibt übrigens die anfänglich ergriffene Stellung der Parteien unverändert dieselbe. Auch die bekannte Regel „reus excipiendo fit actor“ begründet in dieser Beziehung keine Ausnahme, weil auch der Zweck der Einreden nur auf Abweisung des Klägers gerichtet ist. Allerdings können aber während des Hauptverfahrens Zwischenstreitigkeiten entstehen, in welchen, für sich betrachtet, die Parteirollen wechseln.

Vgl. überh. A. D. Weber, Beitr. zur Lehre von den Klagen und Einreden. I. St. S. 1.
Linde, in der Zeitschrift für Civilr. u. Civilpr. Bd. XV. S. 343 flg.

Erfordernisse der streitenden Theile.

Gerichtsstandfähigkeit (Legitima persona standi in judicio.)

§. 20.

Die Befugniß, als streitender Theil vor Gericht aufzutreten, ist nach gemeinem Rechte einigen Personen gänzlich entzogen, d. h. so, daß sie weder selbst noch durch einen Stellvertreter handeln dürfen; — bei andern ist diese Befugniß in der Art beschränkt, daß sie nicht persönlich, sondern nur durch einen Stellvertreter, oder

doch nicht allein, sondern nur mit einem Beistande zugelassen werden.

Die gesetzlichen Bestimmungen über die gänzliche Entziehung dieser Befugniß sind jedoch jetzt größtentheils nicht mehr anwendbar, z. B. die Vorschrift des Röm. Rechts, daß servi ausgeschlossen seyn sollen;

Fr. 107. D. 50. 17.

c. 6. C. 3. 1. Vergl. jedoch Fr. 53. D. 5. 1. und wegen der Exulanten Fr. 2. pr. Fr. 7. §. 3. D. 4. 5.

und daß ein magistratus während der Dauer seines Amtes weder als Kläger, noch als Beklagter auftreten dürfe.

Fr. 48. D. 5. 1.

Fr. 32. D. 47. 10.

Die Bestimmung des canonischen Rechtes, daß ein excommunicatus als Kläger nicht zugelassen werden soll,

C. 7. X. 2. 1.

C. 8. in 6. 5. 11.

würde nur da noch anwendbar seyn, wo es noch einen bürgerlich wirksamen Kirchenbann gibt. — S. noch C. G. O. 1555. II. Tit. 9. §. 2.

Desto häufiger treten aber die bemerkten Beschränkungen ein. So sollen

1) Unmündige und Minderjährige, welche nicht in väterlicher Gewalt stehen, von ihren Tutoren und Curatoren vor Gericht vertreten, resp. es muß ihnen von diesen Beistand geleistet werden;

Fr. 1. §. 2. 3. 4. D. 26. 7.

Fr. 45. §. 2. D. 42. 1.

c. 1. et 2. C. 3. 6.

Vgl. jedoch c. 3. in 6to 2. 1.

2) Furiosi werden ebenfalls durch ihre Curatores vertreten (Fr. 4. pr. D. 2. 4.), und gerichtlich erklärte Verschwender bedürfen des Beistandes der Curatoren;

Fr. 1. pr. D. 27. 10. Fr. 18. §. 2. D. 49. 17. D. 27. 10.

3) in Streitigkeiten, die das Totalvermögen betreffen, steht, durante matrimonio, die Rechtsverfolgung dem Ehemanne zu,

Fr. 49. §. 1. D. 47. 2.

c. 11. C. 5. 12.

den Fall der Verarmung des Mannes ausgenommen, in welchem auch die Ehefrau auftreten kann, um ihre Ansprüche geltend zu machen.

c. 29. C. 5. 12.

Endlich

4) bei solchen Personen, welche sich noch in väterlicher Gewalt befinden, gelten folgende Bestimmungen:

a) Processe über das peculium castrense oder quasi castr. kann der filius familias allein, selbst invito patre führen;

Fr. 4. §. 1. D. 49. 17.

Fr. 8. D. 3. 3.

b) betrifft der Streit das *peculium advent*, so müssen beide, Vater und Sohn, denselben gemeinschaftlich betreiben; ausgenommen, der Sohne wäre noch infans oder abwesend, in welchem Falle dem Vater allein zu handeln erlaubt ist;

c. 8. §. 3. C. 6. 61. (De bonis, quae liberis etc.)

Sollte jedoch der fil. fam. etwas wider den Willen des Vaters erworben haben, so steht ihm auch das Recht der Proceßführung über dieses Vermögen zu; nur soll ihm, wenn er noch minderjährig ist, der

Curator, welcher ihm bei der Erwerbung Beistand leistete, auch im Streite assistiren.

c. 8. pr. u. §. 1. C. 6. 61.

c) In den übrigen Fällen kommt es darauf an, ob der filius fam. selbst klagen, oder sich nur vertheidigen will. Letzteres kann er auch ohne den Vater,

Fr. 39. D. 44. 7.
Fr. 57. D. 5. 1.

nur muß die Execution oft so lange ausgesetzt bleiben, bis er sui juris wird.

Fr. 5. pr. D. 14. 5.
Fr. 57. D. cit.

Klagen konnte nach älterem Rechte nur der Vater. Späterhin wurde jedoch hievon eine Ausnahme gemacht bei der actio injur. ex lege cornel. Fr. 5. §. 6. 7. D. 47. 10. und in solchen Fällen, in welchen der Vater wegen Abwesenheit nicht klagen konnte, die Klage aber keinen längeren Aufschub litt. Eine formula in jus concepta konnte aber der Sohn auch in Fällen dieser Art nicht gebrauchen.

Fr. 8. D. 3. 3.
Fr. 18. §. 1. D. 5. 1.
Fr. 9. u. 13. D. 44. 7.
Gaji inst. IV. §. 47.
Hugo, Röm. Rechtsg. S. 587. Not. 6. (10te Aufl.)
Mühlenbruch, Cession S. 148. Not. (2te Aufl.)
Heffter in Gaj. p. 58.
Zimmern, Rechtsg. III. Bd. S. 154. Not. 3. und S. 462. Not. 4.

Ueber die Terminologie (Legitima persona etc.) s. Heffter Syst. S. 116. Not. 43 a.

Ein Mangel der persönlichen Gerichtsstands-Fähigkeit erzeugt:

I. bei absolut Unfähigen Ungültigkeit des Urtheils und des ganzen Verfahrens; und zwar ohne Unterschied, ob das Urtheil günstig oder ungünstig für sie lautet.

c. 1. C. 3. 1.

Dasselbe gilt auch von Kindern und von Wahnsinnigen, wenn sie ohne gehörige Vertretung selbst vor Gericht gehandelt haben sollten.

Fr. 9. D. 42. 1.

II. Bei relativ Unfähigen, insbesondere bei Minderjährigen und gerichtlich erklärten Verschwendern kommt es aber darauf an, ob (ungeachtet der mangelnden Vertretung) doch für sie erkannt wurde; — oder gegen sie. In dem ersten Falle ist das Urtheil gültig;

c. 14. C. 2. 13.

in dem zweiten Falle bedarf es keiner Restitution (c. 4. C. 2. 27.), sondern das Verfahren ist von Rechtswegen nichtig.

Fr. 45. u. Fr. 54. D. 42. 1.

c. 1. C. 3. 6.

Indessen kann ein Verfahren dieser Art durch nachfolgende Genehmigung von Seite des gesetzlichberufenen Vertreters, oder der unfähigen Partei selbst (nach dem Wegfallen des Unfähigkeitsgrundes) aufrecht erhalten werden. — Analog ist auch der Fall zu berurtheilen, wenn ein filius fam. anstatt des Vaters geklagt haben sollte, wo nur dieser zur Klagestellung berechtiget war.

Legitimation zur Sache (legit. ad causam).

§. 21.

Außer der persönlichen Gerichtsstandfähigkeit wird gewöhnlich auch noch die Legitimation zur Sache als ein wesentliches Erforderniß angeführt, um in einer bestimmten Sache als streitender Theil auftreten zu können. — Obgleich nun diese Ansicht unrichtig ist, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, so findet doch die Lehre von der Sachlegitimation hier den schicklichsten Platz.

Sich legitimiren heißt überhaupt beweisen, daß man zur Vornahme einer bestimmten Handlung oder eines bestimmten Geschäftes persönlich befugt sey.

In diesem weiteren Sinne kann eine Legitimation nicht bloß bei den streitenden Theilen, sondern auch bei den Stellvertretern derselben (legitimatio ad processum), bei Advocaten (legitimatio ad praxin), ja selbst bei dem Richter vorkommen. Bei den streitenden Theilen besteht aber die legitimatio ad causam in dem Beweise, welchen eine Partei darüber führt, daß dasjenige Recht, welches sie gerichtlich verfolgen will, gerade ihr, und daß es ihr gerade wider denjenigen zusteht, gegen welchen sie es geltend machen will. In der ersten Beziehung nennt man die Legitimation activ, in der zweiten passiv. Da beide Arten der Legitimation dem Beklagten rücksichtlich eines von ihm geltend gemachten Exceptionsrechts nicht minder obliegen, als dem Kläger in Ansehung des von ihm behaupteten Klagerechtes, so ist es unrichtig, als Activlegitimation diejenige zu bezeichnen welche der Kläger, als Passivlegitimation die welche der Beklagte zu führen hat.

Daß nun die Berichtigung dieses Legitimationspunktes in allen Rechtsstreitigkeiten nothwendig ist, kann

nicht bezweifelt werden, weil man widrigenfalls zugeben müßte, daß zuweilen Jemand ein fremdes Recht (jus tertii), ohne anzugeben, wie *er* dazu gekommen sey, in eigenem Namen und für sich geltend machen könne.

Indessen ist allerdings der Beweis der subjectiven Zuständigkeit mit dem Beweise der Entstehung des in Frage stehenden Rechtes in den meisten Fällen so unzertrennlich verbunden, daß der letzte ohne den ersten nicht wohl geführt werden kann. Eine genaue und *erschöpfende* Aufzählung aller Fälle, in welchen eine solche Absonderung *möglich wäre*, würde übrigens nur dann einen praktischen Werth haben, wenn die eigenthümlichen Wirkungen, welche man der Einwendung der mangelnden Sachlegitimation früherhin zuzuschreiben pflegte, begründet wären. Für den, welcher dieser Ansicht nicht beipflichtet, genügt es, zur Erleichterung bloß die sich zunächst darbietenden Fälle dieser Art kennen zu lernen, und diese sind folgende:

I. Wenn das streitige *persönliche* Rechtsverhältniß ursprünglich unter andern Personen, als den jetzigen Parteien, entstanden war, und auf diese erst durch irgend eine vermittelnde Thatsache (Cession, Beerbung u. dgl.) übergegangen ist.

II. Wenn eine Klage von der Art ist, daß sie entweder auf Seite Dessen, der sie anstellen will (z. B. Fr. 2. §. 1. D. 8. 5), oder auf Seite Desjenigen, gegen den sie angestellt werden soll (z. B. Fr. 9. D. 6. 1. Fr. 1. §. 12. D. 9. 1), ein specielles, zwar zur Natur, aber nicht zur eigentlichen Begründung des Rechtes selbst gehöriges Verhältniß voraussetzt.

Der Fall, wenn über die *Identität der Personen* ein Zweifel entsteht, scheint jedoch nicht hieher

gezählt werden zu dürfen, weil nicht abzusehen ist, wie der Identitätsbeweis ganz rein, und ohne allen Bezug auf die Entstehung des Rechtverhältnisses selbst soll geliefert werden können.

S. über diese Fälle: v. Gönner, Hdb. I. 15. Gensler, Hdb. S. 115 flg. und S. 123 flg. Heffter, System, S. 119. Schmid, Hdb. I. S. 178.

Von praktischer Bedeutung ist in Fällen dieser Art besonders die Frage, ob der Legitimationspunkt im Verfahren wirklich von der Hauptsache getrennt, und die Verhandlung der letzteren so lange sistirt werden müsse, bis jener Punkt rechtskräftig erlediget ist?

Diese Frage ist aber der richtigeren Ansicht zufolge im Allgemeinen zu verneinen. Denn die specielle Thatsache, welche entweder den Grund der activen oder der passiven Sachlegitimation bildet, ist auch ein wesentlicher Bestandtheil der Geschichtserzählung des betreffenden Streitvortrages, z. B. der Klage. Widerspricht daher der Angegriffene die Wahrheit dieser Thatsache, so liegt darin keine Einrede, sondern eine verneinende Einlassung, in Folge deren der angreifende Theil den Beweis zu führen hat. Dieser Beweisführung aber eine abgesonderte und frühere Stellung anzuweisen, als dem Beweise über die Entstehung des streitigen Rechtes selbst, — dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden, weil nach dem Geiste der Eventualmaxime auch s. g. präjudicielle Incidentstreitpunkte gleichzeitig mit der Hauptsache verhandelt werden können und sollen.

Indessen ist es dem richterlichen Ermessen unbenommen, in solchen Fällen, in welchen für die Anticipation des Legitimationsverfahrens mit einstweiliger Suspension des übrigen Hauptverfahrens überwiegende Gründe der

Zweckmäßigkeit sprechen, dieselbe wirklich anzuordnen; z. B. in dem Falle, wenn im Laufe des Processes der Kläger stirbt, und nun ein Dritter als dessen Erbe den Streit reassumiren will, seine Eigenschaft als Erbe aber von dem Gegner bestritten wird.

Vgl. hierüber: Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilproc. Berlin und Stettin 1827. S. 78—137.

Folgt man dieser Ansicht, so ergibt sich von selbst daß die Sachlegitimation zwar eine Bedingung ist, um in der Hauptsache selbst siegen, aber keineswegs eine Vorbedingung, um als Kläger oder als Beklagter in einer bestimmten Sache auftreten zu können; — so wie auch, daß die Einwendung der fehlenden Legitimation nicht als eine proceßhindernde Einrede betrachtet werden könne.

Die Folgen eines Mangels der Legitimation bestimmen sich aber nach folgenden Grundsätzen:

I. Wenn der angreifende Theil in seinem Vortrage (z. B. in der Klageschrift) nicht einmal eine specielle Thatsache erwähnt hat, durch welche ersichtlich würde, wie gerade er, oder wie er gerade gegen diesen Gegner das in Anspruch genommene Recht verfolgen zu dürfen glaube, so ist der Vortrag selbst dunkel und fehlerhaft, und der Richter soll ihn, so wie angebracht, von Amtswegen zurückweisen. Ist aber der Angegriffene gleichwohl zur Verantwortung aufgefordert worden, so steht es diesem noch immer frei, den formellen Mangel des Vortrages zu rügen, indem er die Einrede des dunkeln Klagevortrages vorschützt; oder die Einrede der mangelnden Vollmacht von Seite des wahren Berechtigten, welche, — im Falle des Nichtberührens activ

legitimirender Thatsachen, gleichfalls begründet seyn könnte.

Sollte aber auch der Angegriffene den Mangel nicht rügen, und sich unbedingt in der Hauptsache einlassen, — ohne jedoch eine die Legitimation begründende Thatsache zuzugestehen, so würde der Kläger auch später noch (abgesehen von dem Falle, wo sich der Beklagte „liti obtulit") von dem Richter zurückgewiesen werden dürfen, ja müssen, weil es seine Pflicht gewesen wäre, den Vortrag gar nicht zuzulassen.

Eine Verurtheilung des Beklagten bei ausdrücklich vorliegender und begründeter Einrede des Beklagten würde ungültig seyn.

II. Ist aber in dem betreffenden Vortrage eine Thatsache erwähnt worden, welche als Legitimationsgrund dienen kann, so kommt es darauf an, ob der Gegner diese Thatsache zugesteht oder widerspricht. In dem ersten Falle ist der Legitimationspunkt als berichtigt zu betrachten; in dem zweiten hat der Richter dem Afferenten den Beweis darüber aufzulegen, und, wenn dieser gelingt, so ist dadurch die Legitimation gleichfalls hergestellt. Mißlingt aber der Beweis, so ist gegen den Afferenten in der Hauptsache selbst zu erkennen. — Sollte aber der Richter einen mißlungenen Beweis für gelungen erachten, und in der Hauptsache für den Beweisführer erkennen, so würde zwar der Gegner die Berufung ergreifen können, aber als nichtig würde um deßwillen das Urtheil in der Hauptsache keineswegs zu betrachten seyn.

Daß übrigens ein auf ein unrichtiges Geständniß oder auf einen falschen Beweis gebautes Erkenntniß, als eine res inter alios judicata für den wahren Berechtigten keine verbindende Kraft hat, ist für sich klar.

Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 97 flg.
Linde in der Zeitschr. für Civilr. u. Prax. III. S. 297 flg.
Dr. T. Brackenhoeft, Erört. S. 336 flg.
Ueber die zur Herstellung der Legitimation zulässigen Beweismittel s. Schmid, Hdb. I. S. 182.

Rechtsverhältniß der streitenden Theile.

§. 22.

Im Allgemeinen besteht zwar der Grundsatz, daß die Rechte der streitenden Theile gleich sind.

Fr. 41. D. 50. 17.
c. 2. X. 2. 4.

Allein dieser Grundsatz ist nicht nur unanwendbar auf solche Vorrechte und Begünstigungen, welche ihren Grund in besonderen persönlichen Eigenschaften einer Partei haben (z. B. das benef. rest. in integr., das Armenrecht), sondern er unterliegt auch in Bezug auf die gewöhnlichen processualischen Verhältnisse insofern einer Beschränkung, als es in manchem Betracht doch vortheilhafter ist, Beklagter, als Kläger zu seyn. Die günstigere Stellung des Beklagten folgt zum Theil schon aus dem natürlichen Verhältnisse des Angegriffenen zu dem Angreifenden, zum Theil beruht dieselbe auf positiven gesetzlichen Vorschriften. Jenes natürliche Verhältniß bringt es nämlich mit sich, daß

1) nicht nur der Kläger dem Gerichtsstande des Beklagten folgen muß (actor sequitur forum rei), weil es überhaupt Sache des Angreifenden ist, seinen Gegner aufzusuchen,

c. 2. C. 3. 13.

c. 3. C. 3. 19.

sondern auch, daß

2) der Beklagte losgesprochen werden muß, wenn der Kläger den widersprochenen Grund seiner Klage nicht zu erweisen vermochte, gesetzt auch daß der Beklagte seinerseits den Beweis seiner Einreden ebenfalls nicht liefern konnte (actore non probante reus absolvitur).

c. 4. C. 2. 1.

c. 9. C. 8. 36.

c. 3. X. 2. 19.

Auf positiven Bestimmungen beruht aber

1) der freilich nicht unbestrittene Satz, daß der Beklagte von dem Kläger die Edition aller zu seiner Vertheidigung dienenden Urkunden fordern könne, während er selbst nicht schuldig ist, dem Kläger zum Beweise der Klage Urkunden herauszugeben;

c. 5. C. 2. 1.

cf. c. 6 und 8. C. eod.

2) die Verbindlichkeit des Klägers, der Proceßkosten halber Caution zu leisten, welche als solche dem Beklagten nicht obliegt;

Nov. 112. c. 2.

3) die Pflicht des Klägers, sich auf eine Widerklage vor dem Gerichtsstande des Beklagten einzulassen, wenn auch derselbe für ihn — den Kläger — sonst nicht competent wäre.

c. 14. C. 7. 45.

Nov. 96. c. 2.

c. 3. in 6to. 1. 3.

4) Auch die Vorschrift des canonischen Rechtes muß hieher gezählt werden, daß von zwei, in derselben Sache und Instanz ergangenen, widersprechenden Urtheilen das=

jenige den Vorzug haben soll, welches dem Beklagten günstiger ist, insofern nicht etwa der Gegenstand des Streites eine gesetzliche Begünstigung genießt.

c. 26. X. 2. 27.

Vgl. Fr. 38. D. 42. 1.

Fr. 10. D. 49. 14.

Fr. 33. D. 50. 17.

Aus diesen Gründen und mit Rücksicht auf dieselben wird in

Fr. 125. D. 50. 17.

bemerkt: favorabiliores sunt partes rei, quam actoris.

Wenn daher Jemand die Wahl hat, irgend einen Anspruch entweder in der Eigenschaft als Kläger, oder als Beklagter zu verfolgen, so ist es klüger, den letztern Weg zu ergreifen.

Bei dem judiciis duplic. entsteht übrigens noch die Frage, ob Der, welchem die Rolle des Beklagten entweder durch die Prävention des Gegners, oder durch das Loos zugefallen ist (Fr. 2. §. 1. D. 10. 3. — Fr. 13. 14. 29. D. 5. 1.), auch die angeführten Vortheile dieser Parteirolle in Anspruch nehmen könne, oder ob die Rollenvertheilung nur als eine Formalität zu betrachten sey (quoad litis *ordinationem*, non definitionem)? — Bezüglich dieser Frage wird gewöhnlich die zweite Meinung vertheidigt,

v. Grolman, Theor. §. 57. Not. 1.

v. Linde, Lehrb. (7te Aufl.) §. 118.

und da, wo es sich um die Theilung einer gemeinschaftlichen Sache handelt, ist diese Meinung auch ohne Zweifel die richtige.

Wenn aber jede Partei dasselbe Object ungetheilt in Anspruch nimmt, so trifft nicht nur die Beweislast

zuerst Denjenigen, welcher formell als Kläger behandelt wird,

v. Savigny, Recht des Besitzes (6te Aufl.). S. 484 unt.

sondern, wenn beide Theile den Beweis geführt haben, und die beiderseitigen Beweise sich das Gleichgewicht halten, so ist für Den zu erkennen, dem die Rolle des Beklagten zugefallen war.

c. 3. X. 2. 19.

A. M. v. Linde a. a. O. §. 118. Note 3.

Vergl. überh. *Vinnius*, ad §. 7. J. 4. 15.

v. Gaisberg, Vork. S. 51. Note.

Gegenseitige Pflichten der streitenden Theile.

§. 23.

Keine Partei soll

1) gegen eigenes besseres Wissen (calumniose) gerichtliche Anträge stellen, oder sich gegen Anträge des Gegners vertheidigen. Wer bloß calumniae causa Klage stellte, setzte sich nach älterem Röm. Rechte verschiedenen Nachtheilen, insbesondere dem calumniae judicium oder dem contrarium jud. aus.

Gaj. lib. IV. §. 174—181.

Zimmern, Gesch. des Röm. Privatr. Bd. III. §. 180.

Dr. Friedr. L. Keller, der Röm. Civilproc. Leipz. 1852. II. Abth. S. 250.

Späterhin kamen jedoch die so eben genannten Strafklagen außer Uebung, und man suchte, abgesehen von der Verbindlichkeit des unterliegenden Theiles zum Ersatze der Proceßkosten, chicaneusen Rechtsstreitigkeiten nur durch das jusjurandum calumniae vorzubeugen.

pr. u. §. 1. J. 4. 11.

Die deutschen Reichsgesetze bedrohten zwar muthwillige Anträge mit arbiträrer Strafe, z. B.

J. R. A. §. 119 und 120.,

leider wird aber auf diese Vorschrift nicht immer gehörig Rücksicht genommen.

Doloses Abläugnen gegnerischer Behauptungen ist auch noch in der Justinianischen Sammlung mit verschiedenen Nachtheilen bedroht, bald mit dem Verluste des Besitzes (Fr. 80. D. 6. 1.), bald mit dem Verluste von Einreden oder Rechtswohlthaten (Fr. 10. §. 1. D. 46. 1. Fr. 1. §. 15. D. 9. 1. Fr. 67. §. 3. D. 17. 2.), bald auch mit der poena dupli (§. 1. J. 4. 16. Fr. 1. §. 1 und 4. D. 16. 3.), oder mit der Aufbürdung einer sonst nicht obliegenden Beweislast (Fr. 25. D. 22. 3). Allein auch diese Strafen werden in der Praxis gewöhnlich ignorirt, obgleich sie weder durch spätere Gesetze aufgehoben wurden, noch — als durch entgegenstehende Gewohnheit aufgehoben betrachtet werden können.

2) Die streitenden Theile, so wie deren Anwälte sollen sich bei Vermeidung arbiträrer Strafe jeder muthwilligen Proceßverzögerung enthalten;

c. 6. §. 4. C. 2. 6.

c. 5. X. 2. 14.

R. P. O. 1577. Tit. 33.

J. R. A. §. 120.

so wie

3) ungeeigneter Schmähungen gegen einander in schriftlichen und mündlichen Vorträgen.

R. P. O. a. a. O.

4) Bestechung des Richters hat, abgesehen von der öffentlichen Strafe, für die bestechende Partei, wenn diese der Kläger war, immer den Verlust des Klagerechts

zur Folge, selbst dann, wenn der Anspruch an sich begründet war.

Fr. 2. §. 2. D. 12. 5.

c. 1. C. 7. 49.

Sollte aber bereits zum Vortheile des Klägers erkannt worden seyn, so wäre dieses Urtheil nichtig,

c. 7. C. 7. 64.

und der verurtheilte Beklagte würde daher das in Folge des Urtheils Geleistete wieder zurückfordern können.

Sollte aber der Beklagte einer Bestechung überwiesen werden, so ist er als in der Hauptsache verurtheilt zu behandeln.

Nov. 124. c. 1. in f.

Das ihn lossprechende Erkenntniß kommt, als ungültig, hiebei nicht in Betracht.

Vgl. übrigens noch: Nov. 124. c. 2.

Eine Verbindlichkeit, sich die Proceßführung gegenseitig auf positive Art zu erleichtern, haben übrigens die streitenden Theile keineswegs. Insbesondere ist keine Partei verpflichtet, ihrem Gegner aus eigenen Mitteln einen Proceßkosten-Vorschuß zu leisten, gesetzt auch, daß sie arm und der Gegner wohlhabend wäre.

Fr. 17. D. 27. 3.

Die Ausnahmen, welche man gegen diese Regel früherhin geltend machen wollte, sind theils unbegründet, theils nur scheinbar.

Vgl. darüber: Gensler, Handb. S. 223—239.

Eben so wenig kann eine Partei von der andern verlangen, daß sie ihr zur Herstellung eines ihr obliegenden Beweises auf positive Art behülflich seyn soll. — Nur der Anspruch auf Urkunden-Edition, und gewissermaßen auch das Recht auf Eideszuschiebung machen hievon eine Ausnahme.

victus fert expensas

Verbindlichkeit zum Ersatze der Proceßkosten insbesondere.

§. 24.

Außer den bisher angeführten Verbindlichkeiten kann noch der einen oder andern Partei die Verpflichtung auferlegt werden, ihrem Gegner die ihm verursachten Proceßkosten (expensas, sumtus litis) zu ersetzen. So lange nämlich die Verhandlungen noch im Gange sind, hat zwar jeder Theil die Auslagen selbst zu bestreiten, welche mit der Stellung ihrer Anträge und mit den durch diese Anträge zunächst veranlaßten richterlichen Verfügungen verbunden sind. Wenn aber die Streitsache zur richterlichen Entscheidung reif ist, dann soll der Richter nicht bloß über die eigentliche Streitfrage allein, sondern auch darüber erkennen, ob nicht auch eine Partei der andern die ihrerseits bestrittenen Auslagen zu vergüten habe, und welcher Partei diese Ersatzverbindlichkeit obliege?

Das ältere Röm. Recht legte in dieser Beziehung das Hauptgewicht auf die Absicht und Gesinnung der streitenden Theile. Wer mit dem Bewußtseyn, Unrecht zu haben (calumniose), oder wenigstens aus Uebermuth und Unbesonnenheit (temere) einen Rechtsstreit geführt hatte, soll seinem Gegner die Kosten dieses Streites zu ersetzen schuldig seyn.

Fr. 78. §. 1. D. 31.
Fr. 1. §. 1. D. 50. 5.
Fr. 78. D. 5. 1.
c. 1. C. Theod. 4. 18.

In dem neueren Röm. Rechte hingegen ist der Erfolg des Rechtsstreites als der nächste Anhaltspunkt für den Richter bei der Beurtheilung der Verbindlichkeit zum

Ersatze der Proceßkosten hervorgehoben. Schon Kaiser Zeno hatte verordnet „ut quivis judex in sententia sua jubeat *victum* factos in judicio sumtus praestare"; und wenn man auch auf diese Verordnung keinen entscheidenden Werth legen wollte, weil sie nur als eine s. g. lex restituta in unsere Sammlung aufgenommen wurde;

c. 5. C. 7. 51.

wenn man hiebei selbst den Umstand unbeachtet lassen wollte, daß Justinian diese Verordnung von Zeno in der Nov. 82. c. 10. ausdrücklich, und mit Andeutung des dort ausgesprochenen Princips („judex *victori*") bestätigte; — so würde doch für das Justinianische Recht die

c. 13. §. 6. C. 3. 1.

den Ausschlag geben.

In neuester Zeit ist zwar mit großem Scharfsinn zu beweisen versucht worden, daß Justinian die Regel über die Verbindlichkeit zum Kostenersatze nicht in der c. 13. C. l. c., sondern im §. 1. J. 4. 16. ausgesprochen habe, welcher eine Bestätigung des älteren Princips enthält.

Dernburg, Abh. aus dem Gebiete des gem. und französ. Civil- und Proceßr. Frankfurt a. M. 1849. S. 119—156.

Allein die Fassung des §. 1. J. 4. 16. spricht mehr dafür, daß Justinian hier nur eine historische Bemerkung machen, als daß er den leitenden Grundsatz selbst aufstellen wollte.

Für das heutige gemeine Recht kann der oben angeführte objective Grundsatz in keinem Falle bezweifelt werden, weil derselbe in dem

R. A. v. 1713. §. 82.

nicht etwa nur gelegenheitlich berührt, sondern mit Mo-

tiven und Ausnahmen, also gewiß mit der Absicht, die Regel selbst zu bestimmen, ausgesprochen wurde. —

Vgl. c. 4. X. 5. 37.

§. 25.

Der Grundsatz, daß der unterliegende Theil dem Sieger zur Erstattung der Proceßkosten verurtheilt werden soll, leidet jedoch in zweifacher Art eine Ausnahme. Zuweilen dürfen nämlich

1) die Kosten compensirt, d. h. es darf erkannt werden, daß kein Theil dem andern zum Ersatze der Kosten verbunden sey; — zuweilen ist sogar
2) der siegende Theil dem unterliegenden Gegner zur Kostenerstattung zu verurtheilen.

Zu 1) Die Frage, aus welchen Gründen auf Kosten-Compensation erkannt werden dürfe, ist eine Streitfrage, welche in neuerer Zeit einen Principienkrieg über die ganze Lehre in einer Reihe von selbständigen Abhandlungen hervorgerufen hat. Während nämlich einige Proceßlehrer, um zu beweisen, daß auch der geringste Grad der culpa von der Kostencompensation ausschließe, der ganzen Lehre das Princip der lex Aquilia zu Grunde legten,

Vorzüglich: A. D. Weber, über die Proceßkosten u. s. w. 5te Aufl. Hannover 1811.

A. Christian Joh. Schmid, Handb. I. Thl. §. 70, besonders S. 199.

betrachteten Andere den Kostenersatz als Strafe, und hielten demnach die Compensation jedesmal für zulässig, so oft dem Unterliegenden nur nicht dolus oder lata culpa zur Last gelegt werden könne.

Hennemann, Beitrag zur Rechtstheorie von Erstattung der Proceßkosten. Schwerin 1789.

J. F. G. Emmerich, über die Proceßkosten u. s. w. Göttingen 1791.

Dernburg, Abhandl. Frankfurt 1849. S. 101 flg.

Der Weber'schen Ansicht traten im Princip bei, ohne jedoch alle Folgerungen desselben anzunehmen,

v. Schmidt, gen. Phiselbeck, Beyträge u. s. w. Helmstädt 1793.

Borst, über die Erstattung der Proceßkosten. Nürnberg 1812.

Gensler, Handb. zu Martin. S. 243 flg.

Insofern dieser Streit das Princip betrifft, ist bei den mancherlei Anhaltspunkten, welche die Gesetze selbst für jede der einander widersprechenden Meinungen darbieten, eine vollkommen befriedigende Lösung desselben nicht zu erwarten.

Nur so viel kann mit Gewißheit behauptet werden, daß das Röm. Recht bei den Vorschriften über die Verbindlichkeit zum Kostenersatze nirgendwo auf die lex Aquilia verweist, deren Grundprincip auch wirklich auf die Beschädigung durch die Reclamation der gerichtlichen Hülfe gar nicht paßt.

Dernburg a. a. O. S. 124 flg.

Die deutschen Reichsgesetze scheinen aber, — wenn man die in dem V. A. von 1713 §. 82 angeführten Motive unbefangen ins Auge faßt, zunächst weder an die lex Aquilia, noch an das Princip der Strafe im eigentlichen Sinne, sondern nur an die Noth des Cammergerichts gedacht zu haben, welche diesem Collegium durch die Ueberzahl von Klagen und Beschwerden verursacht wurde. Um diesem Uebel zu steuern, bedrohten sie in der Regel den Unterliegenden als solchen schon mit dem Kostenersatze, in der Hoffnung, dadurch von „nicht satt-

sam begründeten" Ansprüchen abzuschrecken, und dadurch die Geschäftslast des Collegiums zu vermindern. Von diesem mehr administrativen als juristischen Standpunkte scheint auch die Ausnahmsbestimmung beurtheilt werden zu müssen, daß die Proceßkosten „nicht leichtlich", sondern nur aus „genugsamen Ursachen" compensirt werden sollen;

V. A. v. 1713. §. 82.

Concept von 1613. Thl. III. Tit. 59. §. 9.

und insofern stimmt die strengere Ansicht, welche die Kosten-Compensation zu beschränken sucht, mehr mit der Absicht der Reichsgesetze überein, als die entgegengesetzte, welche den Unterliegenden nur im Falle einer offenbaren calumnia, oder einer erwiesenen mala fides in die Proceßkosten verurtheilt wissen will.

Da übrigens die Reichsgesetze über ihre „genugsamen Ursachen" nicht weiter Bescheid geben, und daher die Beurtheilung im Einzelnen lediglich dem Ermessen des Richters überlassen, so ist ein gewisses Schwanken in der Praxis unvermeidlich.

Auch das neueste Röm. Recht, welches hiebei allerdings Berücksichtigung verdient, weil es in Bezug auf die Regel mit den deutschen Reichsgesetzen übereinstimmt, bietet für die Beurtheilung der Zulässigkeit der Kosten-Compensation keinen so bestimmten Anhaltspunkt dar, daß mit Hülfe desselben jeder Meinungsverschiedenheit in einzelnen Fällen vorgebeugt werden könnte. Absichtlich handelt nämlich von der Compensation nur die Nov. 82. c. 10, und die in dieser Novelle bestätigte Verordnung vom Kaiser Zeno (c. 5. §. 1. C. 7. 51).

Die erstere gestattet die Kosten-Compensation „propter negotii forte varietatem"; die c. 5. §. 1. cit. führt

aber drei Fälle an, in welchen der Unterliegende mit der Verurtheilung zum Kostenersatze verschont werden soll, 1) si conventus bona fide solverit; aut 2) actor lite destiterit; aut etiam 3) judex invenerit eum non calumniatorem, sed de re dubia litigantem. Allein auch abgesehen davon, daß die Novelle durch die Einschaltung des Wörtchens „forte" zu erkennen gibt, daß sie den bezeichneten Fall nur beispielsweise anführen wolle, — abgesehen ferner davon, daß wir die Verordnung von Zeno nur in ihrer restituirten Gestalt kennen, — herrscht über die Auslegung der in c. 5. §. 1. berührten Fälle 1 und 2 eine große Meinungsverschiedenheit,

Weber, über Proceßkosten. §. 14. Note 10.

Gensler, Hdb. S. 254. Note 146.

Dernburg a. a. O. S. 158 flg.

daß als unbestrittenes Resultat nichts übrig bleibt, als der allgemeine Satz, daß der Richter den unterliegenden Theil mit der Verurtheilung in die Proceßkosten dann verschonen dürfe, wenn er selbst nach sorgfältiger Prüfung der Sache noch zugeben muß, daß die Entscheidung derselben wirklich zweifelhaft sey, entweder wegen der Zweideutigkeit und Dunkelheit des dabei anzuwendenden Gesetzes, oder wegen der verwickelten Beschaffenheit der thatsächlichen Verhältnisse, oder endlich wegen des schwankenden Gleichgewichts der beiderseits geführten Beweise. — Außerdem dürfte die Kosten-Compensation auch noch in dem Falle zu rechtfertigen seyn, wenn theilweise jede von beiden Parteien unterliegt, weil hier schon die Anwendung der Regel selbst zu diesem Resultate führt. — Eine noch weiter in das mögliche Detail eingehende Casuistik ist für das richterliche Arbitrium mehr störend, als förderns. —

§. 26.

Zu 2.) Nicht bloß unanwendbar, sondern geradezu umgekehrt anwendbar ist aber die im vorigen §. angeführte Regel dann, wenn sich eine Partei des Ungehorsams schuldig gemacht hat. Der Ungehorsame soll als solcher bestraft werden, gleichviel, ob er in der Hauptsache Recht oder Unrecht hat. Daraus folgt, daß er nicht etwa bloß zum Ersatze derjenigen Auslagen zu verurtheilen ist, welche ohne seinen Ungehorsam gar nicht entstanden seyn würden, sondern auch zur Vergütung der Proceßkosten, welche der Gegner in jedem Falle hätte bestreiten müssen, auch wenn kein Ungehorsam stattgefunden hätte.

Wenn daher der Beklagte fortwährend ausbleibt, aber der Kläger mit seinem Anspruch doch abgewiesen werden muß, weil er den Beweis seines Klagegrundes nicht zu liefern vermochte, so ist zwar der Beklagte in der Hauptsache loszusprechen (er siegt); allein er muß auch als Sieger dem unterliegenden Kläger die Kosten ersetzen.

c. 13. §. 2. C. 3. 1.
c. 4. in f. X. 5. 37.
C. G. O. 1555. Thl. III. Tit. 42. §. 3. und Tit. 43. §. 4.
Dernburg, a. a. O. S. 102 flg.
Vgl. noch Gensler, Hdb. S. 54.

§. 27.

Hinsichtlich der Anwendung der bisher entwickelten Grundsätze sind übrigens noch folgende Punkte zu bemerken:

1) Da erst nach Vollendung des Verfahrens in der

Hauptsache ermittelt werden kann, welcher Partei der Sieg gebühre, so kann auch das Erkenntniß über die Verbindlichkeit zum Kostenersatze erst in Verbindung mit dem Endurtheile über die Hauptsache selbst erfolgen.

In den Zwischenurtheilen, welche die Hauptsache selbst betreffen, z. B. in dem Beweisurtheile, ist daher der Ausspruch über den Kostenpunkt noch vorzubehalten, was gewöhnlich mit der Formel geschieht: „expensis interim suspensis". — Wenn jedoch während des Verfahrens über die Hauptsache irgend ein Nebenpunkt auftaucht, und zur isolirten Verhandlung gebracht wird, welcher nicht zur Hauptsache selbst gehört, z. B. ein Zwischenstreit über die Leistung einer Caution, so soll über die Verbindlichkeit, die besonderen Kosten dieses Zwischenstreites zu ersetzen, immer sogleich in dem Zwischenurtheile über diesen Nebenpunkt selbst erkannt werden. Denn wenn man dergleichen Indicidentkosten mit den auf die Hauptsache erlaufenden Kosten zusammen wirft, und über beiderlei Kosten gleichheitlich erst im Endurtheile entscheidet, so kann leicht Unrecht geschehen, weil eine Partei bezüglich eines Nebenpunktes ihren Gegner chicaniren, in der Hauptsache aber doch gegen ihn Recht behalten kann. — Ebensowenig sollen die Auslagen, welche einer Partei durch den Ungehorsam ihres Gegners verursacht worden sind, mit den Kosten des Hauptverfahrens vermengt, sondern der ungehorsame Theil, ohne Rücksicht auf sein etwaiges Recht in der Hauptsache, schon sogleich nach constatirtem Ungehorsam zum Ersatze derselben verurtheilt werden. — Das Röm. Recht legt dem Richter sogar die Pflicht auf, dem Ungehorsamen die Procedur in der Hauptsache so lange zu verweigern, bis er jene Kosten seinem Gegner ersetzt haben würde;

c. 15. C. 3. 1.

eine Vorschrift, aus welcher die Praktiker für den betheiligten Gegner die s. g. exc. refusionis expens. abgeleitet haben.

Gensler, Hdb. S. 426. Not. 423.

2) Der Richter soll jedesmal ausdrücklich über den Kostenpunkt erkennen — ohne Unterschied, ob er einen Theil zum Ersatze verpflichtet, oder den Fall zur Compensation geeignet findet.

c. 13. §. 6. C. 3. 1.
Nov. 82. c. 10.
cfr. c. 15. C. 3. 1.

Unterläßt er dieses, so soll er zur Strafe dem siegenden Theile die gehabten Auslagen aus seinem eigenen Vermögen vergüten.

c. 13. §. 6. C. cit.

Dieses Strafgesetz hat jedoch in Deutschland nicht Eingang gefunden. — Wenn daher der Richter den Kostenpunkt mit Stillschweigen übergeht, so kann der Sieger — weil nach der Eröffnung des Urtheils auch eine besondere Klage auf Kostenersatz gegen den Unterliegenden nicht gestattet ist,

c. 3. C. 7. 51.

von Niemanden eine Vergütung verlangen, d. h. man muß die Kosten als compensirt gelten lassen.

Indessen hat doch das Stillschweigen des Richters diese Folge nur dann, wenn er in dem Endurtheile über die Hauptsache den Kostenpunkt unberührt läßt. Bei bloßen Interlocuten, welche die Hauptsache betreffen, wird das Stillschweigen einer Suspension des Erkenntnisses über den Kostenersatz gleich geachtet (s. oben unter Nr. 1.). Bei solchen Zwischenbescheiden hingegen, durch welche ein selbständig verhandelter, zur Haupt-

sache nicht gehöriger Nebenpunkt erledigt wird, sollte man dieselbe Regel zur Anwendung bringen, welche in dieser Beziehung bei dem Endurtheile in der Hauptsache gilt, weil dergleichen Zwischenurtheile auch einen Streitpunkt definitiv entscheiden.

3) Die Frage, ob der Richter den unterliegenden Theil auch unaufgefordert (von Amtswegen) zum Kostenersatze verurtheilen dürfe, wird zwar von Einigen aus Rücksicht auf die Verhandlungs-Maxime verneint.

Gensler, Handb. S. 416 flg.
Schmid, Hdb. I. S. 203. Nr. 1.

Allein richtiger ist gewiß die auch in der Praxis recipirte Meinung, daß ein ausdrückliches Parteigesuch hiezu nicht erforderlich sey, weil schon das Röm. Recht dem Richter direct und ohne irgend einen Vorbehalt die Verpflichtung auflegt, bei seinem Urtheile in der Hauptsache auch auf den Kostenpunkt Rücksicht zu nehmen.

Nov. 82. c. 10.
Dernburg, a. a. O. S. 143 flg.

4) Das Quantum der dem Sieger zu erstattenden Kosten wurde nach Röm. Rechte von dem Richter nach billigem Ermessen bestimmt, mußte aber sodann noch von dem Sieger selbst eidlich bekräftiget werden.

c. 13. §. 6. C. 3. 1.
Vgl. c. 15. C. eod.
Nov. 82. c. 10.

Heutzutage wird jedoch der zu ersetzende Betrag in der Regel ohne Zuhülfenahme eines Eides mit Rücksicht auf die von den Parteien schon vor dem Urtheile vorzulegenden Kostenverzeichnisse (Expensarien) von dem Richter festgesetzt, welcher das Recht hat, die von den Parteien gemachten Ansätze zu prüfen, und nach Befund der Sache zu streichen oder zu ermäßigen.

Die deutschen Reichsgesetze erwähnen zwar noch den s. g. Expensen-Eid, und schreiben sogar eigene Formeln dafür vor.

C. G. O. 1555. Thl. III. Tit. 50. §. 3. und Thl. I. Tit. 66. 67. 68.

Conc. v. 1613. Thl. III. Tit. 59. §. 2. u. Thl. I. Tit. 88.

Wenn jedoch nicht die Partei selbst zu schwören begehrte, so scheint doch auch bei dem Cammer-Gericht kein Gebrauch von diesem Eide gemacht worden zu seyn.

C. G. O. Thl. III. Tit. 50. §. 3. „So einer begert."

Der Grund des allmählichen Verschwindens des Expensen-Eides lag wohl darin, weil seit der Einführung des schriftlichen Verfahrens die Acten einen hinreichenden Anhaltspunkt darboten, um die in einem Rechtsstreite erwachsenen Kosten nach Maßgabe der allmählich vollständiger und zweckmäßiger entworfenen Taxordnungen auch ohne Beihülfe des Eides ermitteln zu können.

Heffter, S. 349. Not. 34.

Nur dann, wenn zwar die Existenz und die Nothwendigkeit einer Auslage actenmäßig feststünde, die Größe derselben aber noch zweifelhaft wäre, würde der Eid auch gegenwärtig noch anwendbar seyn.

Wenn übrigens behauptet wird, daß sich nur die nothwendigen Proceßkosten zum Ersatze eignen, so ist dieses zwar richtig, nur darf der Begriff der Nothwendigkeit hier nicht zu strenge gefaßt werden, indem es bei der Beurtheilung derselben weder auf den Erfolg der kostenverursachenden Handlung, noch darauf ankommt, daß vielleicht die Durchführung eines Rechtsstreites auch ohne die in Frage stehende Auslage möglich

wäre. Alles was regelmäßig zum Betriebe eines Processes, gerichtlich oder außergerichtlich aufzuwenden ist, darf auch, soweit es in dem gegebenen Falle wirklich aufgewandt wurde, dem zum Ersatze verurtheilten Gegner aufgerechnet werden.

Gensler, Hdb. S. 189.

Um nachträglichen Liquidations-Verhandlungen vorzubeugen, soll der Richter, soweit es thunlich ist, die zu ersetzende Summe sogleich dem condemnirenden Ausspruche selbst beifügen.

C. G. O. Thl. III. Tit. 50. §. 8.

Mittel gegen muthwilliges oder unbesonnenes Streiten.

§. 28.

Außer den gesetzlichen angeordneten Strafen gegen Chicane und Proceßverzögerung, und außer dem Nachtheile, welcher für den Unterliegenden in dessen regelmäßiger Verpflichtung zum Ersatze der Streitkosten liegt, dienen als Mittel zur Abwendung muthwilliger oder unbesonnener Processe oder Proceßhandlungen der s. g. Gefährdeeid (jusjurandum calumniae), die Succumbenzgelder und gewissermaßen auch die Cautionen.

I.

Von dem Gefährdeeide.

§. 29.

Das jusjur. calumniae besteht in der eidlichen Versicherung einer Partei, daß sie nach redlicher Ueberzeugung

handle, oder handeln werde. Durch diesen Eid wird daher nicht irgend ein äußeres Ereigniß bewiesen, sondern die bona fides des Schwörenden bekräftiget. Man unterscheidet zweierlei Arten desselben, nämlich das j. c. generale, welches auf die Proceßführung im Allgemeinen gerichtet ist, und das j. speciale, wodurch eine Partei bekräftiget, daß sie eine bestimmte einzelne Handlung nicht zur Chicane des Gegners vornehme. — Beide Arten waren schon dem älteren Röm. Recht bekannt.

Gaj. IV. §. 172. sq.
Fr. 44. §. 4. D. 10. 2.
Keller, Röm. Civilproc. II. S. 249. 3. o.

Daß aber der allgemeine Gefährdeeid am Anfange eines jeden Rechtsstreites von beiden Parteien geleistet werden soll, hat erst Justinian vorgeschrieben,

c. 2. C. 2. 59.
Vgl. Nov. 49. c. 3.
Vgl. Nov. 124. c. 1.
Heffter, Syst. S. 261.

und in dieser Ausdehnung ist derselbe auch sammt dem j. c. speciale in das canonische Recht und in die deutschen Reichsgesetze übergegangen.

Tit. X. 2. 7.
c. 1. pr. in 6to 2. 4.
J. R. A. §. 43.

In der Praxis hat sich jedoch nur der specielle Gefährdeeid erhalten, über welchen folgende Grundsätze zu bemerken sind:

I. Dieser Eid kann nicht nur wechselseitig von den Parteien gefordert, sondern auch von dem Richter aufgelegt werden. ex officio

c. 2. §. 2 in 6to. 2. 4.

Indessen hängt es

II. keineswegs bloß von dem Belieben der Parteien ab, darauf anzutragen, sondern es muß gegründeter Verdacht einer Gefährde vorhanden seyn. — Denn sonst könnte der Calumnieneid selbst als Mittel zu Chicane mißbraucht werden, zu deren Abwendung er eingeführt worden ist. In einigen Fällen liegt übrigens die Gefahr einer Chicane so nahe, daß in denselben das Gesetz den Eidesantrag ein für allemal gestattet. —

Fr. 34. §. 4. D. 12. 5.
Fr. 8. §. 5. D. 2. 8.
Nov. 90. c. 4.
c. 55. X. 2. 20.
J. R. A. §. 38.
Vgl. Glück, Com. XII. S. 359.

III. Insofern wirklich der Verdacht einer Gefährde obwaltet, muß sich jede Partei den Calumnieneid gefallen lassen. Auch die amtlichen Vertreter des Fiscus sind nicht davon ausgenommen; wie man wohl zuweilen wegen des §. 43. J. R. A. angenommen hat.

Vgl. Bülow und Hagemann, Erört. II. 14.
Glück, Comm. XII. S. 362. Not. 1.

Nur von Eltern und von patronis kann nach Röm. Rechte das jusj. calumn. nicht gefordert werden.

Fr. 7. §. 3. D. 37. 15.
Fr. 16. D. 12. 2.

(Ueber die Verbesserung der Lesart in dem widersprechenden Fr. 34. §. 4. D. 12. 2. s. Cujac. observ. IX. 37.)

Aber auch diese Ausnahme entzieht nur den Kindern und Freigelassenen die Befugniß, den Eid zu verlangen; keineswegs aber dem Richter, bei welchem der Grund jener Ausnahme wegfällt. — Sollte übrigens Verdacht vorhanden seyn, daß sich ein Sachführer ohne Wissen seines Clienten eine Chicane erlaubte, so könnte der Eid auch von ihm persönlich (in animam suam) gefordert werden.

Wernher, Obs. III. 221.

IV. Die Wirkung der Ableistung dieses Eides (welche auch durch einen Specialbevollmächtigten geschehen kann, c. 3. X. 2. 7. — c. 3. in 6to 2. 4. — J. R. A. §. 43. — ***J. H. Boehmer*** J. E. P. II. 7. §. 6.) bringt übrigens dem Schwörenden weiter gar keinen Vortheil, als daß er die Handlung vornehmen darf, wegen welcher er de cal. geschworen hat. Den Beweis einer äußern Thatsache kann der Calumnieneid eben so wenig ersetzen, als von der Verbindlichkeit zum Kostenersatze befreien. — Die Verweigerung des Eides hat in der Regel den Verlust der betreffenden Handlung zur Folge; ausgenommen bei der Delation des Haupteides, welcher ob recus. j. cal. pro praestito gehalten wird.

Vgl. über die ganze Lehre, besonders in geschichtlicher Beziehung: G o l d s c h m i d t Abhdl. aus dem Civilpr. Abh. IV.

II.

Succumbenzgeld.

§. 30.

Um den Mißbrauch der Appellation zu verhindern, waren schon im älteren Röm. Rechte mancherlei Nachtheile für den Fall angedroht, wenn die Beschwerden des Appellanten in der höheren Instanz unbegründet erfunden wurden. — Insbesondere mußte er seinem Gegner die durch den Gebrauch des Rechtsmittels verursachten Kosten vierfach ersetzen;

Paul. R. S. C. V. T. 37.

und außerdem schon bei dem Unterrichter nach der Einlegung der Appellation die Einbuße einer bestimmten Summe, — gewöhnlich des dritten Theiles des Streitgegenstandes, — auf den Fall des Unterliegens spondiren, oder diese Summe deponiren.

Paul. R. S. C. V. T. 33.

Diese Caution wurde jedoch von Diocletian und Maximinian aufgehoben,

c. 6. §. 6. C. 7. 62.

und von dem vierfachen Kostenersatze kommt in dem neueren Röm. Rechte auch nichts mehr vor. Dagegen verordneten aber die genannten Kaiser in

c. 6. §. 4. C. eod. tit.

daß gegen Denjenigen, qui temere malam litem fuerit prosecutus, eine arbiträre Strafe verfügt werden sollte.

Vgl. Zimmern, S. R. G. III. §. 171.

Zeitschrift für gesch. R. W. III. S. 387. Not. 69.

In den deutschen Reichsgesetzen kommen ähnliche Bestimmungen nur in Bezug auf die Revision gegen reichskammergerichtliche Erkenntnisse vor, welchen zufolge der Revident den wahrscheinlichen Sportelbetrag schon

vorhinein deponiren mußte, und außerdem im Falle eines befundenen Muthwillens noch eine besondere Geld- oder Leibesstrafe zu gewärtigen hatte.

J. R. A. §. 126.

Einige deutsche Particulargesetze haben jedoch das Institut der Succumbenzgelder in einer ungleich größeren Ausdehnung aufgenommen, indem das Unterliegen in dritter oder wohl gar auch schon in zweiter Instanz mit der nachtheiligen Folge verbunden ist, daß der Unterliegende eine bestimmte Summe erlegen muß, und zwar an einigen Orten ohne Unterschied, ob ihn der Vorwurf einer muthwilligen Beschwerdeführung trifft oder nicht; ja selbst ohne Rücksicht darauf, ob der Appellant gänzlich oder auch nur theilweise unterliegt. — Gegen die Gerechtigkeit dieser Maßregel in solchem Umfange ist mit Grund manches eingewandt worden;

S. darüber Dr. Götz im Archiv für civ. Praxis V. S. 121 flg.

sie wird jedoch, — gleich den Beschränkungen der Appellation durch die gesetzlichen Vorschriften über die summa appell., — trotz diesen Einwendungen wegen der immer zunehmenden Geschäftslast der höheren Instanzen schwerlich aufgegeben werden.

III.

Cautionen.

§. 31.

Die heutzutage üblichen processualischen Cautionen (denn nur diese kommen hier in Betracht) führen zwar größtentheils römische Namen, richten sich aber gleichwohl beinahe gar nicht mehr nach den im Röm. Rechte darüber vorkommenden Bestimmungen, welche nach

dem Zeugnisse der Glossatoren schon in der älteren italischen Praxis vielfach keine Aufnahme gefunden haben, sondern nach den auf Zweckmäßigkeit und Bedürfniß berechneten Regeln des Gerichtsgebrauches.

Eine sowohl für die geschichtliche als für die praktische Seite dieses Gegenstandes sehr verdienstliche Arbeit ist die Preisschrift von G. A. Schlayer (die Lehre von den Cautionen im Civilprocesse, abgedruckt in der Zeitschrift von Linde und Marezoll, neue Folge IX. Bd. Heft I. S. 1—52. Heft II. S. 187—271. u. Heft III. S. 281—309). — Zur Erleichterung der Uebersicht kann man die processualischen Cautionen in drei Classen theilen:

A. In solche, welche der Beklagte dem Kläger;

B. In die, welche der Kläger dem Beklagten, und endlich

C. In solche, welche der Stellvertreter einer Partei **als solcher** zu leisten verbunden ist.

A.

Cautionen, welche dem Beklagten obliegen.

§. 32.

In diese Classe gehört

1) die cautio *judicio sisti*, und

2) die c. *judicatum solvi.*

Zu 1). Nach Justinianischem Rechte mußte diese Caution, welche aus dem altrömischen vadimonium hervorgegangen war,

Dr. Fr. Zenger, über das Vadimonium der Römer. Landshut 1826.

Keller, der Röm. Civilproceß I. S. 201 flg.

Schlayer a. a. O. Heft 1. S. 12 flg.

von dem Beklagten in allen Fällen geleistet werden. Sie bestand in der Versicherung, sich bis zu dem Ende des Streites auf Verlangen jederzeit vor Gericht stellen zu wollen, und wurde, mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse des Beklagten, bald durch Bürgen, bald durch eidliches, oder auch einfaches Versprechen bestellt.

§. 2. J. 4. 11.

S. noch Nov. 53. c. 3.

Gegenwärtig kann sie aber dem Beklagten nur dann aufgebürdet werden, wenn mit Grund zu befürchten ist, daß er sich dem Gerichte entziehen könnte, insbesondere wenn er fluchtverdächtig ist, oder Anstalten zur Auswanderung trifft, oder wenn sich ein Ausländer auf eine Klage vor einem inländischen Gerichte einlassen muß. — Selbst im Falle einer freiwilligen Prorogation der Gerichtsbarkeit, oder wenn der Beklagte seinen Aufenthaltsort im Inlande zu verändern im Begriffe steht, wird diese Caution von Mehreren zugelassen. Indessen sind doch die Particulargesetze und Gerichtsgebrauch nicht überall gleich strenge, z. B. Bayersch. Ges. vom 22 Jul. 1819. §. 8. Nr. II.

Der Antrag auf Leistung dieser Caution ist an keine bestimmte Stelle des Processes gebunden, sondern kann zu jeder Zeit gestellt werden, sobald die vorhin bezeichnete Gefahr eintritt.

Nach Röm. Rechte wurde unbestimmt für das volle Interesse des Klägers cavirt,

Fr. 12. §. 1. D. 2. 11.

und so sollte es auch jetzt noch gehalten werden. Indessen wird bei manchen Gerichten auch eine bestimmte Cautionssumme festgesetzt. — Weil übrigens die cautio jud. sisti heutzutage nur im Falle einer besonderen Gefahr gefordert werden kann, so wird sie in der Regel

nur dann ihren Zweck erfüllen können, wenn sie durch Bürgen, oder (im Falle einer vorausbestimmten Summe) durch Pfänder bestellt wird.

Hinsichtlich der übrigen materiellen Grundsätze siehe Schlayer a. a. O. Heft II. S. 227—236.

Zu 2). Die cautio *judicatum solvi* kam in dem vorjustinianischen Rechte — gemäß der Natur des den beiden Hauptarten von Klagen zu Grunde liegenden Verhältnisses — regelmäßig nur bei dinglichen, nicht auch bei persönlichen Klagen vor,

Gaj. IV. §. 89. §. 102.

G. F. Puchta, Institut. II. S. 60.

Keller a. a. O. II. S. 240 flg.

und enthielt, wie Ulpian sich ausdrückt, tres clausulas in unum collatas: de *re judicata,* de *re defendenda,* de *dolo malo.*

Fr. 6. D. 46. 7.

Die erste dieser Clauseln enthielt die Verpflichtung zur Restitution der Sache im vollsten Sinne (falls nämlich dieselbe dem Beklagten in der Folge durch richterlichen Ausspruch aufgelegt werden sollte); — der Inhalt der zweiten Clausel ist zwar bestritten, das Wahrscheinlichste ist jedoch, daß sie das Versprechen enthielt, dem Kläger das ihm aus dem Ungehorsame des Beklagten erwachsene Interesse zu leisten.

Schlayer a. a. O. II. Heft. S. 240—243.

Keller a. a. O. II. S. 241. Note 668, und S. 246. Note 684.

Wetzel, der Röm. Vindicationsproceß. Leipzig 1845.

Die dritte Clausel endlich hatte den Zweck, den Kläger auch für jene Eventualitäten sicher zu stellen, welche, genau genommen, unter die erste nicht subsumirt werden

konnten, z. B. für den Fall einer während des Processes eingetretenen Deterioration der Sache u. dgl.

Schlayer a. a. O. S. 243 flg.

Justinian hat zwar dieses ältere System wesentlich verändert. Wenn nämlich der Beklagte den Proceß selbst, ohne Stellvertreter, führt, so soll er bei dinglichen Klagen ebenso wenig wie bei persönlichen verpflichtet seyn, dem Kläger wegen der künftigen Erfüllung des gegen ihn ausfallenden Urtheils Sicherheit zu leisten. Nur dafür soll er caviren, quod in judicio permaneat usque ad terminum litis. Diese Caution ist aber die bereits unter Nr. 1 erwähnte cautio judicio sisti, in welche die Clausel de re defendenda übergegangen zu seyn scheint.

§. 2. J. 4. 11.

Schlayer a. a. O. II. Heft. S. 243. Abs. 3.

Durch den neueren Gerichtsgebrauch ist jedoch die cautio judicatum solvi gegen diese Bestimmung des Justinianischen Rechts wieder in Aufnahme gekommen, wenigstens in dem Falle, wenn mit Grund zu besorgen ist, daß der Beklagte im Falle seiner Verurtheilung nicht mehr im Stande seyn werde, dem Urtheile Genüge zu leisten; wobei jedoch zwischen dinglichen und persönlichen Klagen nicht mehr unterschieden wird. Bei dinglichen Klagen ist diese Caution ohne Zweifel zulässig, wenn der Beklagte das Streitobject zu deterioriren — bei persönlichen, wenn er überhaupt in einer Art zu verschwenden anfängt, welche gerechte Besorgnisse seiner künftigen Zahlungsfähigkeit halber zu erregen geeignet ist. Denn von ökonomisch verdächtigen Personen konnte selbst schon nach älterem Röm. Rechte diese Caution verlangt werden, obgleich sie sonst bei persönlichen Klagen nicht stattfand.

Gaj. IV. §. 102.

Einige Rechtslehrer dehnen jedoch die Verbindlichkeit zur Leistung dieser Caution noch auf weitere Fälle aus, z. B.

Glück, Com. III. S. 443 (2te Aufl.).

Schlayer a. a. O. II. Heft. S. 257 und die daselbst Angeführten.

Von der cautio judicio sisti unterscheidet sie sich 1) dadurch, daß die aus derselben entspringende Haftung nicht wie bei der c. jud. sisti durch den Tod des Beklagten erlöscht, sondern auch auf die Erben übergeht;

Glück a. a. O. S. 443.

und daß sie 2) nicht bloß bis zur Verurtheilung des Beklagten, sondern bis zur vollständigen Erfüllung des Urtheils fortdauert.

Fr. 8. §. 3. D. 46. 1.

Sie stimmt aber mit der c. j. sisti insofern überein als sie bei eintretender Gefahr zu jeder Zeit im Processe gefordert werden kann.

Die Cautionssumme soll, wo es thunlich ist, nach dem Betrage oder nach dem Werthe des Streitgegenstandes mit Hinzurechnung der Nebensachen bestimmt werden. Außerdem ist die Caution unbestimmt für Das zu leisten, was das Urtheil dem Kläger seiner Zeit zuerkennen wird.

Fr. 9. D. 46. 7.

Fr. 2. §. 2. D. 46. 5.

In dem letzten Falle kann die Caution füglich nur durch Bürgen, in dem ersten jetzt wohl auch durch Pfand bestellt werden.

Gegen die Wiederaufnahme der caut. jud. solvi im deutschen Gerichtsgebrauche läßt sich mit Grund nichts erinnern, weil bei dem Vorhandenseyn einer Gefahr, wie sie hier vorausgesetzt wird, selbst ein Antrag auf ein

strengeres Provisorium, nämlich auf Sequestration, rechtlich begründet seyn würde.

Fr. 7. §. 2. D. 2. 8.

B.

Cautionen, welche der Kläger zu leisten hat.

§. 33.

In diese Classe gehört

1) die cautio *pro expensis.* Wenn nämlich der Beklagte mit Grund besorgen kann, daß, — falls der Kläger unterliegen und zur Erstattung der Proceßkosten verurtheilt werden sollte, die Beitreibung der letzteren für ihn (den Beklagten) mit Weitläufigkeiten und Schwierigkeiten verbunden seyn könnte, so hat er das Recht, in der Form einer dilatorischen Einrede von dem Kläger zu verlangen, daß ihm derselbe zur Entfernung dieser Besorgniß eine angemessene Caution leiste. — Diese Caution kann daher nicht jedesmal, sondern nur dann gefordert werden, wenn wirklich ein Grund zu der angedeuteten Besorgniß vorhanden ist. Am auffallendsten tritt dieser Grund hervor, wenn der Kläger ein Ausländer ist, welcher in dem Bezirke des Gerichts, bei welchem er die Klage erhoben hat, kein Vermögen besitzt. In diesem Falle hatte schon die Cammergerichts-Ordnung von 1555 Thl. III. Tit. 49. §. 8. (vgl. Linde, Abh. II. S. 145) dem Beklagten nicht nur erlaubt, sondern ihn sogar aufgefordert — („soll" der Beklagte), von dem Kläger diese Caution zu begehren. — Obgleich nun die C. G. O. bei dieser Vorschrift einen Kläger „außerhalb des Reichs" gegen einen „dem Reiche Unterworfenen" im Auge hatte, so ist doch die Vorschrift analog auch auf das Verhältniß der deutschen Territorien unter

sich in Anwendung gebracht worden; und diese Analogie hat in mancher deutschen Particulargesetzgebung, z. B. in der bayer'schen (Ges. vom 22 Jul. 1819 §. 8. Nr. I.) zu dem Satze geführt, daß nur ein ausländischer Kläger, d. h. ein Kläger, welcher nicht dem Bundesstaat angehört, in welchem die Klage gestellt wurde, zur Leistung der Caution für die Proceßkosten verpflichtet sey.

Die ursprüngliche gesetzliche Grundlage dieser Caution ist schon im Röm. Rechte zu suchen, zwar nicht in dem älteren, welches überhaupt für den Kläger ohne Stellvertreter keine Cautionspflicht kannte,

Gaj. IV. §. 96. §. 100.

aber doch im Justinianischen Rechte, auf welches sich selbst die C. G. O. a. a. O. beruft („wie die Recht das zulassen").

Allein die von Justinian angeordnete Caution ist doch von der heutzutage üblichen so wesentlich verschieden, daß man, für die letztere, als die nächste maßgebende Quelle nur den Gerichtsgebrauch anführen kann. — Denn gemäß der Nov. 112 c. 2. (Authent. *„Generaliter"* Cod. 1. 3.) mußte der Kläger schon vor der Mittheilung der Klageschrift an den Beklagten für die Proceßkosten caviren, und die Cautionssumme bestand jedesmal in dem zehnten Theile der Streitsumme. Gegenwärtig wird aber die Caution erst in Folge des von dem Beklagten darauf gestellten Antrages geleistet, und die Bestimmung der Summe ist dem richterlichen Ermessen überlassen.

Glück, Comm. III. S. 439 und 446. Note 74.
Schlayer a. a. O. II. Heft. S. 261 flg.

Die früherhin beinahe allgemein verbreitete Ansicht, daß die c. pro expensis dem Kläger nicht aufgelegt

werden könne, wenn er entweder von Amtswegen Klage stellte, oder durch die Provocation ex lege diffamari dazu aufgefordert wurde,

Glück a. a. O. S. 439. Note 44.

ist übrigens eben so wenig begründet,

Heise und Cropp, Jur. Abh. I. S. 314 flg.

als die Meinung, daß ein zum Armenrechte zugelassener Kläger schon aus diesem Grunde von der Cautionslast befreit seyn soll.

S. darüber Linde im Arch. Bd. XVI. S. 76.

2) *Cautio de lite prosequenda.* — Justinian hatte allgemein verordnet, daß die Klageschrift dem Beklagten nicht eher mitgetheilt werden soll, als bis er durch Bürgen oder Eid cavirt haben würde, daß er den Proceß bis zum Ende durchführen werde.

Nov. 112. c. 2.

Vgl. Nov. 53. c. 1.

Die Caution wurde also jedem Kläger, und zwar schon von Amtswegen, abgefordert. — Diese, gegen den Kläger — welchen in der Regel sein eigenes Interesse dazu antreibt, den Proceß vorwärts zu bringen, — gewiß nicht hinreichend motivirte Strenge hat jedoch, aus eben diesem Grunde, schon in der ältesten Praxis keinen Eingang gefunden.

Schlayer a. a. O. II. Heft. S. 268.

Dagegen hat eine Vorschrift des canonischen Rechts, welche mit der c. 15. C. 3. 1. zusammenzuhängen scheint, gemeinrechtliche Geltung erlangt, — nämlich daß der Kläger, wenn er eine Ladung des Beklagten ausgebracht hat, dann aber in dem festgesetzten Termine selbst ausbleibt, mit einem erneuerten Ladungsgesuche nicht gehört werden soll, wenn er nicht vorher dem Beklagten die

verursachten Kosten ersetzt, und zugleich eine Caution dafür leistet, daß er diesesmal gehörig erscheinen werde.
c. 1. in 6to 2. 6.

Die c. de lite proseq. liegt also jetzt dem Kläger nur dann ob, wenn er durch eigenes ungehorsames Ausbleiben die sonst für ihn sprechende Vermuthung, daß in dieser Hinsicht eine besondere Sicherstellung von seiner Seite nicht nöthig sey, zerstört hat.

Diese Caution wird übrigens nicht bloß im Interesse des Beklagten, sondern auch im Interesse des Gerichts gefordert, dem es ebenso wenig gleichgültig seyn kann, als dem Beklagten, durch vereitelte Ladungen und Termine Zeit zu verlieren. — Aus diesem Grunde wird sie auch von Amtswegen aufgelegt (ad citationem non admittendus); und die Cautionssumme so wie die Cautionsmittel hängen gleichfalls von dem richterlichen Ermessen ab.

3) *Cautio pro reconventione.* Diese — dem Röm. Rechte unbekannte, erst aus der sächsischen Praxis — (*H. Vulteii* Tractat. de judiciis. Cassell. 1654. Lib. II, c. 5. Nr. 209) in das gemeine Recht aufgenommene Caution hat der Kläger nur in dem Falle zu leisten, wenn der Beklagte eine Widerklage gegen ihn erhebt, rücksichtlich welcher er zu besorgen Ursache hat, daß sich der Kläger, (als Widerbeklagter) bei dem Gerichte nicht ordnungsmäßig stellen werde. Sie ist also wesentlich eine cautio judicio sisti, und findet als solche nicht statt, wenn entweder a) die Widerklage mit der Vorklage gleichzeitig verhandelt wird, — weil in diesem Falle der Kläger durch sein eigenes Interesse angetrieben wird, vor demselben Gerichte zu erscheinen; — oder wenn b) der Kläger als Widerbeklagter ohnehin dem nämlichen Gerichte unterworfen ist, bei dem die Widerklage erhoben

wurde, weil er in diesem Falle durch die gewöhnlichen Zwangsmittel zum Erscheinen angehalten werden kann. Der specielle Fall für die Anwendbarkeit dieser Caution ist also nur dann gegeben, wenn ein für den Widerbeklagten nicht competenter Richter den Widerkläger mit der Ausführung seines Gegenanspruches auf ein nachfolgendes, abgesondertes Verfahren verweist. Denn unter diesen Voraussetzungen ist allerdings zu befürchten, daß sich der — bezüglich seiner Forderung befriedigte Vorkläger das pünktliche Erscheinen bei der Verhandlung der Nachklage nicht mehr sonderlich werde angelegen seyn lassen.

Wie die cautio jud. sisti sollte auch diese Caution unbestimmt für das Interesse geleistet werden. In der Praxis wird aber gewöhnlich annäherungsweise eine bestimmte Summe nach richterlichem Ermessen dafür festgesetzt.

Glück, Comm. III. S. 446.

Einige Proceßlehrer wollen zwar das Quantum dieser Caution auf den vollen Betrag der Gegenforderung ausgedehnt wissen.

Oesterley über die Caution für die Widerkl. Göttingen 1815.

Allein diese Ausdehnung würde nur dann zu rechtfertigen seyn, wenn diese Caution von den sächsischen Praktikern als eine cautio judic. solvi betrachtet worden wäre, was jedoch von der Mehrzahl derselben nicht geschehen ist.

Schlayer a. a. O. II. Heft. S. 265. Note 237.

Die aus den Reichsgesetzen hieher bezogenen Stellen sprechen aber von anderen Cautionen.

Linde, Abh. II. S. 123 flg.

Daß übrigens auch der Widerbeklagte zur Leistung der cautio judicatum solvi verpflichtet ist, wann die allgemeinen Voraussetzungen derselben zu treffen, ist allerdings richtig. Allein eben deßhalb darf diese Caution mit der c. pro reconv. nicht verwechselt werden.

4) *Cautio de restituendo.*

Diese Caution hat der Kläger dann zu leisten, wenn zwar der Beklagte verurtheilt wurde, demselben aber — entweder durch eine ihm vorbehaltene Nachklage (wie z. B. im Executivprocesse), oder durch ein ihm noch zustehendes Rechtsmittel gegen das Urtheil (z. B. durch eine, noch vor der Execution nachgesuchte restit. in integrum, oder durch Appellation, falls ihr der Suspensiveffect versagt wurde) — noch ein Weg geöffnet ist, auf welchem er dem siegenden Kläger das, was ihm zuerkannt wurde, wieder abstreiten könnte. In Fällen dieser Art kann nämlich der Condemnirte die Erfüllung des Urtheils so lange verweigern, bis ihm der Sieger dafür Sicherheit leistet, daß er das Empfangene wieder restituiren werde, wenn er in dem noch bevorstehenden Rechtsgange unterliegen sollte.

Vgl. Nov. 119. c. 5.
c. 6. X. 1. 41.
J. R. A. §. 124.
Gensler, Comm. II. S. 224. Nr. 4.

Ueber die cautio defensum iri des Röm. Rechts s. Jurist. Abh. von Heise u. Cropp I. Bd. Abh. XIV.

C.
Cautionen, welche dem Stellvertreter einer Partei obliegen.

§. 34.

In diese Classe gehört

1) die *cautio de rato* ratam rem dominum habiturum; ratam rem haberi; ratihabitionis satisdatio; im älteren Röm. Rechte: cautio, amplius eo nomine neminem petiturum. — Keller, a. a. O. II. S. 244. Not. 680.

Der wesentliche Inhalt dieser Caution besteht darin, daß der Stellvertreter einer Partei dem Gegner derselben Sicherheit dafür leistet, daß ihm, falls die vertretene Partei die Handlungen des Stellvertreters nicht genehmigen sollte, das aus dieser Nichtgenehmigung erwachsende Interesse vergütet werde.

Daraus folgt, daß diese Caution überflüssig ist, wenn der Gegner bereits vollkommene Gewißheit hat, daß dem gegenüberstehenden Stellvertreter die Genehmigung von Seite seines Principals nicht versagt werden kann und darf. Diese Gewißheit ist aber nach unseren Rechtsgrundsätzen jedesmal vorhanden, so oft ein Stellvertreter mit einer gehörig eingereichten Vollmacht versehen, und diese dem Gerichte und der Gegenpartei vorgelegt ist. Denn was der gehörig bevollmächtigte und legitimirte Stellvertreter einer Partei im Namen derselben gethan hat, kann diese hinterher nicht desavouiren, insofern nicht etwa die Gränzen der Vollmacht überschritten wurden, weil der Stellvertreter den Mandanten jetzt vollständig repräsentirt.

Die cautio de rato kann daher heutzutage nur von einem solchen Vertreter gefordert werden, der mit keiner Vollmacht versehen ist. — Als ein allgemeingülti-

ges Surrogat der Vollmacht darf jedoch die cautio de rato keineswegs betrachtet werden; d. h. nicht jeder Unberufene kann sich durch dieses Cautionsoffert dem Gegner im Processe aufdringen, sondern die Caution vertritt nur bei solchen Stellvertretern die Stelle der Vollmacht, welche wegen ihres näheren Verhältnisses zur vertretenen Partei, und wegen der aus diesem Verhältnisse entspringenden Vermuthung für den Erfolg der Genehmigung einen gesetzlich begründeten Anspruch darauf haben, wenigstens vorläufig ohne Vollmacht zugelassen zu werden (Präsumtive Anwälte — nach der jetzt üblichen Terminologie).

Demzufolge kann man das geltende Recht bezüglich der cautio de rato in folgende Sätze zusammenfassen:

a) der gehörig legitimirte Vertreter ist nicht schuldig, diese Caution zu leisten;

b) dem nicht legitimirten, wenn er nicht zugleich präsumtiver Anwalt ist, hilft die Caution nicht, d. h. der Gegner kann ungeachtet des Cautionsofferts doch die Einlassung mit ihm verweigern. — Nur

c) mit einem präsumtiven Anwalt des Gegners muß sich eine Partei einlassen, wenn er bereit ist, de rato zu caviren.

Die erste dieser Regeln gilt ebenso wohl für den Stellvertreter des Beklagten, wie für den des Klägers. Die zweite und dritte ist aber vorzugsweise nur auf Stellvertreter des Klägers berechnet. Denn wer ohne Vollmacht für den Beklagten auftreten will, hat eine andere Caution, nämlich die cautio judicatum solvi zu leisten (s. den folgenden Absatz 2), welche die cautio de rato in der Regel überflüssig macht.

Nur dann, wenn der Kläger durch die von dem Stellvertreter des Beklagten geleistete cautio judicatum solvi gegen die Gefahr einer Erneuerung des Processes

von Seite des Beklagten selbst nicht gesichert wäre, muß der nichtlegitimirte Vertheidiger des Beklagten, außer der c. jud. solvi auch noch die caut. de rato leisten.

Fr. 39. §. 5—7. Fr. 40. §. 2. D. 3. 3.
Fr. 6. D. 46. 8.
S. Bethmann=Hollweg, Versuche S. 183.

Eine bestimmte Summe läßt sich übrigens bei dieser Caution nicht wohl festsetzen, weil das Interesse der Gegenpartei im Falle der verweigerten Ratihabition nicht voraus berechnet werden kann.

Sie ist daher eine cautio indefinita und soll eben deßhalb durch Bürgen geleistet werden. Wenn jedoch der Stellvertreter ein zahlungstüchtiger und ehrenhafter Mann ist, so riskirt der Gegner nichts dabei, wenn er sich auch mit einem Haftungsversprechen desselben allein zufrieden stellt.

Nach mehreren Particulargesetzen wird es auch wirklich mit dieser Caution nicht strenger genommen.

z. B. Codex jur. jud. bavar. c. 7. §. 5. Nr. 7.
Schlayer, a. a. O. III. Heft. S. 298. Not. 57.

Mit den Vorschriften des Röm. Rechts nicht bloß des älteren, sondern auch des Justinianischen, stimmen aber allerdings diese Grundsätze nicht vollkommen überein. Denn auch noch nach Justin. Rechte mußte nicht nur der jetzt s. g. präsumtive Anwalt die cautio de rato leisten, sondern auch der wirklich bevollmächtigte, wenn die Ertheilung der Vollmacht nicht durch persönliche gerichtliche Vorstellung des Procurators, von Seite des Mandanten, oder durch eine protokollarische Erklärung des Letzteren außer Zweifel gesetzt war.

§. 3. sq. J. 4. 11.
Vgl. jedoch noch: Fr. 65. D. 3. 3. — Fr. 21. D. 46. 8. — Fr. 23. D. 26. 7.

Schlayer, a. a. O. I. Hft. S. 48. u. III. Hft. S. 293. Ueber das ältere Röm. Recht s. Keller a. a. O. II. S. 244.

Bethmann-Hollweg, Versuche. S. 179 flg. Schlayer, Hft. I. S. 42 flg.

2) *Cautio judicatum solvi.*

Inhalt und Begriff dieser Caution sind hier dieselben, wie in dem Falle, wenn sie von der Partei selbst geleistet werden muß. (S. oben §. 32. Nr. 2.) Die Frage ist daher nur, inwiefern die cautio jud. solvi einem Stellvertreter aufgelegt werden könne, und darüber gelten jetzt folgende Grundsätze:

a) Da durch diese Caution die Erfüllung des künftigen Urtheils gesichert werden soll, eine Verurtheilung aber nur den Beklagten treffen kann, so kann diese Caution auch nur dem Stellvertreter des Beklagten obliegen.

b) Aber auch der Stellvertreter des Beklagten ist nur dann dazu verpflichtet, wenn er nicht mit einer gehörigen Vollmacht versehen ist. Denn nur in diesem Falle kann sich der Kläger ohne Gefahr, einen vergeblichen Rechtsstreit zu führen, mit ihm nicht einlassen, weil der Stellvertreter als solcher für die Erfüllung des Urtheils von selbst nicht haftet, der eigentliche Beklagte aber den Handlungen eines nichtbevollmächtigten Repräsentanten die Genehmigung verweigern könnte. — Ist aber der Anwalt des Beklagten gehörig zum Processe legitimirt, so ist der Kläger in dieser Hinsicht außer Gefahr, weil der Vollmachtgeber für den Erfolg der Handlungen seines Procurators einstehen muß. In diesem Falle ist daher auch die Caution überflüssig.

c) Zur Vertheidigung des Beklagten werden übrigens nach Röm. Recht nicht bloß gewisse Personen —

auch ohne Vollmacht — zugelassen, wie zur Vertretung des Klägers (s. den vorigen §.), sondern als *„defensor"* kann sich Jeder der Sache des Beklagten annehmen, wer überhaupt fähig ist, vor Gericht als Stellvertreter eines Anderen zu erscheinen. Zwar wird diese Bestimmung des Röm. Rechts, wegen des nach unseren Begriffen stattfindenden vollständigen Repräsentationsverhältnisses zwischen dem Principal und dessen Stellvertreter, von Einigen jetzt für unanwendbar gehalten.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 241. Not. 164.

Allein der angeführte Grund würde nur auf einen Stellvertreter mit Vollmacht passen. Mit dem Satze aber, daß sich Jedermann, auch ohne Vollmacht, der Sache eines abwesenden Beklagten annehmen könne, wenn er nur den Kläger wegen der künftigen Erfüllung des Urtheils sicher stellt, hängt er insofern gar nicht zusammen, als hier der Vertreter durch die Leistung der Caution die Sache gleichsam zu seiner eigenen macht. Auch ist nicht abzusehen, wie der Kläger einen, in solcher Weise cavirenden Defensor sollte zurückweisen können, ohne sich dadurch dem Vorwurfe eines muthwilligen Eigensinnes auszusetzen. — Von der Mehrzahl der älteren, wie der neueren praktischen Schriftsteller wird endlich der Fortbestand des Röm. Rechts in dieser Beziehung ausdrücklich anerkannt.

S. darüber: Schlayer, a. a. O. Hft. III. S. 302 flg.

d) Ein nicht bevollmächtigter Vertreter des Beklagten muß aber auf Begehren die cautio jud. solvi immer leisten, ohne Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Klagen. Ja, bei den dinglichen, sowie bei einigen andern Klagen (s. den vorigen §.) kann sogar außer dieser Caution auch noch die caut. de rato von ihm gefordert werden.

b) Die cautio jud. solvi soll zwar durch Bürgen geleistet werden. Wenn aber der Defensor ein ehrlicher und zahlungsfähiger Mann ist, und die Haftung für die Befriedigung des Klägers im Falle seines Sieges persönlich auf sich nimmt, so kann und muß sich der Kläger auch damit zufrieden stellen.

Dapp, Vers. über die Lehre von der Legitim. zum Proc. §. 387. Not. a.

Das Justinianische Recht stimmt zwar im Wesentlichen mit diesen Grundsätzen überein. (*Nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.*)

§. 5. J. 4. 11.

Nur darin weicht es von unserem Rechte ab, daß der Beklagte, wenn er am Gerichtsorte anwesend war, und einen Procurator für sich stellen wollte, die cautio jud. solvi selbst, gerichtlich oder außergerichtlich leisten mußte.

§. 4. J. 4. 11.

Schlayer, a. a. O. III. Hft. S. 299 flg.

Ueber das ältere Röm. Recht. s. Keller, a. a. O. II. S. 204 flg.

Schlayer, a. a. O. I. S. 49.

Mittel der Cautionsleistung und Befreiung von der Cautionspflicht.

§. 35.

Nach Röm. Recht mußten processualische Cautionen in der Regel immer durch Bürgen (satisdatio) geleistet werden. Pfandbestellung oder Gelddeposition vertraten die Stelle der Bürgschaft nicht.

Fr. 7. D. 46. 5.

Ueber die wahrscheinlichen Gründe der Ausschließung der Verpfändung s. Schlayer, a. a. O. Hft. II. S. 201.

Ausnahmen von dieser Regel fanden statt:

a) bei dem Fiscus und bei den Gemeinden, welche durch bloßes Versprechen zu caviren hatten;

Fr. 1. §. 18. D. 36. 3.

Fr. 6. §. 1. D. eod.

b) bei den *possessor. rerum immobilium*;

Fr. 14. D. 2. 8. (welches nicht bloß auf die cautio judicio sisti allein zu beschränken ist). Schlayer, Hft. II. S. 209.

c) bei *viri illustres* und gewissen kaiserlichen Beamten.

c. 17. C. 12. 1. — Vgl. Glück. Comm. III. §. 247.

Die unter b und c bezeichneten Personen leisteten die Caution durch eidliches Versprechen.

c. 8. C. 12. 22.

c. 12. C. 12. 19.

c. 26. §. 6. C. 1. 4.

c. 4. §. 1. C. 3. 2.

d) Bei Geistlichen, welche in gewissen Fällen durch Versprechen und Verpfändung ihres Vermögens caviren mußten.

Nov. 123. c. 21.

Außer diesen Fällen ist auch noch

e) bezüglich der cautio judicio sisti die cautio juratoria und die nuda promissio in electiver Verbindung mit der satisdatio genannt,

§. 2. J. 4. 11.

was aber wohl, wegen des Beisatzes „pro qualitate personae" auf die so eben angeführten persönlichen Befreiungen zu beziehen ist.

In der Nov. 112. c. 2. ist übrigens noch verordnet, daß, — wenn ein zur satisdatio pro expensis verpflichteter Kläger keine Bürgen aufzubringen im Stande wäre, und dieses eidlich bekräftigte, derselbe subsidiär auch zur juratorischen Caution zuzulassen sey.

Der deutsche Gerichtsgebrauch hat jedoch diese Vorschriften des Röm. Rechts in mehr als einer Hinsicht verlassen.

Fürs Erste ist nämlich die Sicherheitsleistung durch Pfand der Bürgschaft gleichgestellt worden, — eine Abweichung, welche wenigstens in solchen Fällen, in welchen für eine bestimmte Summe zu caviren ist, gewiß keinen Tadel verdient.

Mev. VIII. 353.
Glück, Comm. III. §. 246.
Schlayer, II. Hft. S. 203.

Zweitens: Was die Ausnahmen von der Verbindlichkeit zur Leistung einer Realcaution betrifft, so caviren

a) der Fiscus und die Gemeinden auch jetzt noch durch bloßes Versprechen;

b) die possess. rerum immob., welchen übrigens die Besitzer werthvoller und schwer transportabler Mobilien, sowie Personen mit größeren fixen Besoldungen gleichgestellt werden,

Leyser. Med. sp. 34. med. 5.

sind heutzutage von jeder Cautionsleistung befreit.

Ueber die Interpretation des Fr. 15. D. 2. 8. ist übrigens zu vgl. Glück, Comm. III. §. 248 u. Schlayer, II. S. 208—224.

Wenn jedoch der Beklagte sein Vermögen zu verschwenden anfängt, und sich dadurch in die Lage versetzt, in welcher die cautio judic. solvi von ihm gefordert

werden kann, so erscheint die Angesessenheit allein nicht mehr als hinreichender Befreiungsgrund, und unter gleicher Voraussetzung wird sie auch den Kläger von der caut. de restit. nicht befreien.

c) Die Ausnahme bezüglich der viri illustres und der kaiserlichen Beamten ist jetzt nicht mehr anwendbar.

Drittens: Die Vorschrift, daß Jemand, der eidlich bekräftiget, daß er eine Realcaution nicht aufzubringen vermöge, zur juratorischen Caution zuzulassen sey, wird jetzt in der Regel auf alle Cautionen angewandt. — Nur dann, wenn unter den gegebenen Verhältnissen bei der cautio jud. sisti, judicat. solvi oder de restituendo auch einer eidlichen Versicherung der Partei nicht zu trauen ist, kann der Gegner auf Arrest, Sequestration oder gerichtliche Deposition dringen.

Stellvertreter sollen zwar immer eine Realcaution leisten.

Schlayer, II. S. 204.

Allein die Praxis und auch einige Particulargesetze nehmen es gleichwohl auch bei diesen so strenge nicht.

z. B. Schlayer, III. S. 298. Cod. jud. bavar. c. 7. §. 5. Nr. 7.

Ueber die Qualität der Bürgen bei proc. Cautionen s. Schlayer, II. S. 190 flg.

Verfahren in Cautionssachen.

§. 36.

Hierüber sind nach dem jetzigen Gerichtsgebrauche folgende Grundsätze zu bemerken:

I. Wer eine Caution erhalten will, muß ausdrücklich darauf antragen. Von Amtswegen wird jetzt (über

das Röm. Recht s. Schlayer, I. Hft. S. 52.) Niemand zur Sicherheitsleistung im Proceß angehalten.

Auch die cautio de rato macht hievon keine Ausnahme. Denn durch diese Caution wird dem Gegner nur die Vergütung des aus der Nullität des Verfahrens für ihn entspringenden Nachtheils zugesichert, keineswegs aber die Gefahr eines Nullitäts-Verfahrens selbst abgewandt (was man als Grund für diese Ausnahme angeführt hat. Glück Comm. III. §. 249.), weil ungeachtet der von dem Stellvertreter geleisteten Caution die Ratihabition von Seite des Principals doch verweigert werden kann. Auch die zu Gunsten der Minderjährigen aufgestellte Ausnahme (Glück, a. a. O.) läßt sich nicht rechtfertigen, weil der hiefür angeführte Grund consequent solchen Personen gegenüber das ganze Verhandlungsprincip aufheben würde. Nur die cautio de lite prosequenda dürfte nach canonischem Rechte von Amtswegen gefordert werden. Indessen ist mir kein Fall bekannt, in welchem ein Gericht von dieser Befugniß Gebrauch gemacht hätte.

Der Cautionsantrag braucht übrigens nicht besonders gestellt zu werden, sondern der Berechtigte kann ihn auch gelegenheitlich mit einem anderen Vortrage verbinden.

Der Beklagte bringt gewöhnlich in der Form einer dilatorischen Einrede auf die Leistung der ihm gebührenden Cautionen.

II. Hinsichtlich des Zeitpunktes, in welchem der Antrag gestellt werden muß, läßt sich jetzt kaum eine andere Regel aufstellen, als die, daß es zu jeder Zeit im Processe geschehen darf, sobald die Gefahr eintritt, zu deren Abwendung die betreffende Caution eingeführt ist. War aber diese Gefahr schon am Anfange des Processes vorhanden, und dem berechtigten Theile auch bekannt,

so soll der Kläger seines Orts schon in der Klageschrift, der Beklagte noch vor der Einlassung auf die Cautionsleistung dringen. Die Frage, ob auch unter dieser Voraussetzung eine in dem bezeichneten Momente unterlassene Cautionsforderung später noch nachgeholt werden könne, dürfte im Sinne der Eventualmaxime und des herrschenden Gerichtsgebrauches eher zu verneinen, als zu bejahen seyn.

A. M. Schlayer, Hft. III. S. 306.

III. Bei der einmal geleisteten Caution hat es sein Bewenden; es müßte denn seyn, daß die dargebotenen Sicherheitsmittel in der Folge ihre ursprüngliche Tüchtigkeit verlören, in welchem Falle ein genügendes Surrogat für die anfänglich geforderte Caution gefordert werden darf.

Fr. 8. §. 3. Fr. 10. §. 1. D. 2. 8.

IV. Wenn von einer Partei ein Cautions-Antrag gestellt wird, so ist darüber eine Verhandlung einzuleiten, welche die Zulässigkeit des Antrages, die Art und die Größe der Caution zum Gegenstande haben kann. Im ordentlichen Processe wird diese Verhandlung gewöhnlich im Geiste der Eventualmaxime mit dem Verfahren in der Hauptsache verbunden. Sollte jedoch diese Verbindung unthunlich seyn, oder von dem Richter für unzweckmäßig erachtet werden, so ist der Cautionspunkt zwar abgesondert, aber nur summarisch zu instruiren. — Können sich die Parteien über die Art und Größe der Caution nicht vereinigen, so hat der Richter auch darüber zu entscheiden. Gegen diese Entscheidung sind die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig. Wird aber kein ordentliches Rechtsmittel dagegen gebraucht, so geht sie insofern in Rechtskraft über, daß ohne Veränderung der Umstände, unter welchen das

Urtheil erlassen wurde, auch eine Abänderung des letzteren weiter nicht mehr erwirkt werden kann.

Von einigen besonderen Verhältnissen in Bezug auf die streitenden Theile.

I.

Von der s. g. subjectiven Klagenhäufung, und der Streitgenossenschaft (*Litis Consortium*).

§. 37.

In der Regel steht in einem Streitverfahren nur ein Kläger einem Beklagten gegenüber. Es kann aber auch vorkommen, daß sich mehrere Berechtigte, von welchen jeder allein klagen könnte, zusammengesellen um miteinander ihre Ansprüche in einem Processe geltend zu machen; — oder, daß ein Berechtigter mehrere Verpflichtete, von welchen er auch jeden einzeln angreifen könnte, auf einmal angreift, um sie zur gemeinschaftlichen Vertheidigung in einem Processe zu veranlassen. — In Fällen dieser Art spricht man nun jetzt von einer subjectiven Klagenhäufung. Die praktische Bedeutung dieser Lehre liegt zunächst in der Frage, ob es nach gemeinem Rechte auch erlaubt sey, mehrere selbständige Streitsachen in dieser Art in einem Verfahren zu vereinigen? — Diese Frage wurde nun früherhin durch folgende Lehrsätze beantwortet:

1) die subjective Klagenhäufung ist in der Regel unzulässig; — eine Ausnahme von dieser Regel macht aber
2) die Streitgenossenschaft oder das litis consortium.

So lange man an dieser Theorie festhielt, war man in die unvermeidliche Nothwendigkeit versetzt, auch einen Begriff von dem Verhältnisse zu geben, welches man Streitgenossenschaft nannte, weil es außerdem an sicheren Gränzlinien für die Anwendung der Regel selbst gefehlt haben würde.

In der neuesten Zeit ist jedoch nachgewiesen worden, daß nach gemeinem Rechte die Ausnahmen von jener Regel auf viel allgemeineren Voraussetzungen beruhen, als jene waren, die man bisher in den Begriff der Streitgenossenschaft aufgenommen hatte. Dadurch mußte aber der Begriff der Streitgenossenschaft — als juristischer Begriff (denn im vulgären Sinn kann er immerhin noch gebraucht werden) seine bisherige Bedeutung verlieren; mit anderen Worten: die specielle Lehre von dem „litis consortium" mußte in der allgemeinen Lehre von der subjectiven Klagenhäufung aufgehen.

Linde in s. Zeitschrift für Civilrecht u. Proc. Bd. XV. S. 358 flg.

Planck, die Mehrheit der Rechtsstreit. u. s. w. besonders. S. 426 flg.

Da übrigens diese neue Auffassung noch nicht allenthalben Eingang gefunden hat, so sind folgende Bemerkungen über den Begriff von „litis consortium" noch immer nicht als bloß historische Notizen zu betrachten.

Der Ausdruck *„consortes"* findet sich schon im vorjustinianischen Recht, insbesondere in

c. un. Th. C. De dominio rei, quae poscitur, vel ***consortibus*** etc. (2. 5.) von Julian; in welcher sich auch auf eine constitutio Constantini ***„super consortibus"*** berufen wird.

Dazumal bezeichnete aber dieser Ausdruck nicht ein processualisches Verhältniß, sondern wie Planck (a. a. O.

S. 140 flg. u. Anhang S. 556 flg.) nachgewiesen hat, die Besitzer ungetheilter Grundstücke.

Justinian hat die Julianische Constitution theilweise in seinen Codex aufgenommen (c. 1. C. 3. 40.), ihr aber die abweichende Ueberschrift gegeben: „De consortibus ***ejusdem litis***“ und in denselben Titel auch eine Verordnung von Valens und Valent. eingereiht (c. 2. C. eod.), welche unter Bezug auf Consorten von einem *„commune negotium“* spricht. — Dadurch ist in zweifacher Hinsicht eine Veränderung des älteren Begriffes veranlaßt worden. Während sich nämlich ehedem der Ausdruck „consortes“) nur au ein schon vor der Entstehung des Streites vorhandenes, vermögensrechtliches Verhältniß bezogen hatte, erhielt er jetzt (durch den Zusatz „ejusdem litis“) eine vorwiegend formelle Bedeutung, indem man darunter das processualische Verhältniß mehrerer mit einander streitender Parteien verstand. Die Erwähnung eines „commune negotium“ in der C. 2. cit. hatte aber die Folge, daß man doch nicht alle Miteinanderstreitenden „consortes“ nennen zu dürfen glaubte, sondern nur solche, welche in irgendeinem gemeinschaftlichen Rechtsverhältnisse standen. — Im Wesentlichen hat sich dieser Begriff bis jetzt erhalten. Nur über die nähere Bestimmung der hiebei vorauszusetzenden Gemeinschaft entstanden abweichende Ansichten, weil im Röm. Rechte selbst nirgendwo eine genauere Definition zu finden ist.

Einige Proceßlehrer forderten zu dieser Gemeinschaft bei der s. g. activen Streitgenossenschaft geradezu eine Identität des Klagegrundes bei allen Klagegenossen — in thatsächlicher, wie in rechtlicher Beziehung; — bei der passiven Streitgenossenschaft aber

eine Identität des Verpflichtungsgrundes aller zugleich Angegriffenen.

Z. B. Gensler im Arch. für civil. Prax. IV. S. 156. Note 7.

Auch der Verfasser gegenwärtiger Vorträge, in den früheren Auflagen, noch in der letzten Auflage. S. 32.

Andere hielten schon eine Connexität der Ansprüche oder Verpflichtungen für hinreichend.

P. H. J. Schelling, Diss. de litis consort. Monach. 1838.

Noch Andere endlich legten das Hauptgewicht auf die Gemeinschaft des Zweckes, welchen die vereinigten Parteien verfolgen.

Martin, Magazin I. 1. S. 11 flg.

Eine ausführliche Vergleichung dieser verschiedenen Meinungen s. bei

Linde in s. Zeitschrift Bd. XV. S. 374 flg.

Aus dem Folgenden wird sich jedoch ergeben, daß in Folge der richtigen Grundsätze über die Zulässigkeit der subjectiven Klagenhäufung diese Bemühungen um die Feststellung des Begriffes der Streitgenossenschaft als überflüssig erscheinen.

Fortsetzung.

§. 38.

Die Unstatthaftigkeit der s. g. subjectiven Klagenhäufung ist von früheren Proceßlehrern vorzüglich aus zwei Gründen behauptet worden; — einmal wegen der Gefahr einer Unordnung im Verfahren, welche durch

das formelle Zusammenfassen verschiedenartiger Streitsachen in einem Processe verursacht werden könnte; und dann wegen einzelner Vorschriften des Röm. Rechts, von welchen besonders das Fr. 6. D. 44. 2. hervorgehoben wurde. — Allein, was den ersten Grund betrifft, so ist zwar nicht zu läugnen, daß die Gefahr einer Unordnung im Verfahren größer ist, wenn nicht bloß mehrere selbständige Klagen, sondern auch noch mehrere selbständige Parteien in ein Proceßgeleise sich zusammendrängen.

Daß aber ein ordentlich verlaufendes Verfahren in einem Falle dieser Art überhaupt nicht möglich sey, läßt sich eben so wenig behaupten, als daß umgekehrt eine Häufung mehrerer Klagen zwischen einem Kläger und einem Beklagten (objective Klagenhäufung) nie zu ähnlichen Besorgnissen Anlaß geben könne. — In der angeführten Pandekten-Stelle ist es aber sowohl nach ihrem Inhalte, als nach ihrer Stellung in dem Titel: De except. rei judicatae nur auf die Rechtfertigung des Princips der Rechtskraft abgesehen; sie bezieht sich also gar nicht auf den Gegenstand der hier in Frage steht.

Dazu kommt noch, daß die Vereinigung mehrerer Kläger mit selbständigen Klagen in einem Verfahren nirgendwo in unseren Quellen principiell untersagt, vielmehr — wenigstens in Bezug auf ein Streitverhältniß — (Fr. 25. §. 4. D. 10. 2.) ausdrücklich gebilligt ist; — und daß eine Vereinigung dieser Art, — da, wo sie ohne Gefahr einer Unordnung gestattet werden kann, den Vortheil einer minder kostspieligen Procedur gewährt.

Aus diesen Gründen ist denn auch in der neuesten Zeit das Princip der absoluten Unstatthaftigkeit der subjectiven Klagenhäufung verworfen worden.

Linde in s. Zeitschr. I. S. 322 flg.

Müller in ders. Zeitsch. S. 308 flg.
Planck, Mehrheit der Rechtsstr. S. 105 flg. S. 385 flg., besonders S. 393.
Heffter, Syst. S. 123. §. 110.
Vgl. Schmid, Handb. II. S. 18 flg.

Indessen macht doch auch diese neuere Doctrin die Zulässigkeit einer solchen Vereinigung von folgenden Voraussetzungen abhängig:

a) muß für alle verbundenen Klagen dasselbe Gericht zuständig seyn (eine Ausnahme von dieser Regel tritt jedoch gewissermaßen in dem Falle ein, in welchem der außerordentliche Gerichtsstand der s. g. continentia caus. anwendbar ist, wovon unten in der Lehre von den Gerichtsständen zu handeln ist);

b) die Vereinigung muß nach dem jetzigen Rechte sogleich am Anfange des Verfahrens geschehen.

Ueber die abweichende Bestimmung in Fr. 9. pr. D. 40. 12., s.
Planck a. a. O. S. 113.

c) Sämmtliche Klagen müssen sich zu derselben Proceßart eignen, und

d) die gleichzeitige Durchführung aller Klagen in demselben Verfahren muß voraussichtlich ohne die Gefahr einer Unordnung möglich seyn. —

Die Beurtheilung der Frage, ob in einem gegebenen Falle dieses letzte Erforderniß als vorhanden anzunehmen sey oder nicht, hängt aber lediglich von dem richterlichen Ermessen ab. Hier ist nun der Punkt, auf welchem diejenigen Verhältnisse, welche man bisher in das engere Gebiet der Streitgenossenschaft verwiesen hat, einen entscheidenden Einfluß äußern können. Denn ohne Zweifel ist die Gefahr einer Unordnung um so

geringer, folglich die Zulassung der subjectiven Klagenhäufung um so unbedenklicher, je gleichartiger und verwandter die einzelnen Klagen unter sich sind, welche nebeneinander verhandelt werden sollen. Aber als eine wesentliche Bedingung, ohne welche die formelle Vereinigung überhaupt gar nicht zugelassen werden dürfte, ist die Identität oder Connexität der Klagen nicht zu betrachten, und eben deßhalb ist es auch nicht nöthig in dieser Hinsicht scharfe Begriffe und Gränzlinien aufzustellen.

Planck a. a. O. S. 105 flg. und S. 385 flg.

Fortsetzung.

§. 39.

Eine weitere Frage in dieser Lehre besteht darin, ob die Vereinigung mehrerer Kläger, oder die gemeinschaftliche Belangung mehrerer Beklagten nicht zuweilen nothwendig ist, und daher von irgend einer Seite gefordert und erzwungen werden kann? Hinsichtlich dieser Frage sind folgende Grundsätze zu bemerken:

I. Aus eigenem Antriebe, — ohne daß von irgend einer Seite ein Antrag darauf gestellt worden wäre, darf der Richter eine Vereinigung dieser Art in der Regel gewiß nicht anordnen. Denn diese Verfügung würde der s. g. Verhandlungsmaxime des gemeinen Processes widersprechen.

c. un. C. 3. 7.

(Daß das s. g. Institut der Adcitatio in den Quellen des gemeinen Rechtes nicht begründet ist, wird später gezeigt werden.)

Nur dann dürfte eine Ausnahme zu rechtfertigen seyn, wenn entweder gleichzeitig mehrere Personen bei demselben Gerichte abgesonderte Klagen gegen den nämlichen Beklagten anstellen; — oder wenn ein Berechtigter — (ebenfalls gleichzeitig und bei demselben Gerichte) gegen mehrere Verpflichtete mit abgesonderten Klagen hervortreten sollte, und der Richter von einer formellen Vereinigung dieser einzelnen Klagen mit Grund eine Vereinfachung und Erleichterung des Verfahrens und der Entscheidung hoffen könnte. In Fällen dieser Art würde der Richter keinen Tadel verdienen, wenn er kraft seines Proceßleitungsamtes die wirkliche Vereinigung anordnete, obgleich von keiner Seite darauf angetragen worden wäre.

Vgl. Planck a. a. O. S. 395. a. flg.

II. Hat aber eine Partei die Herstellung einer solchen Vereinigung verlangt, so ist zu unterscheiden, ob dieses Begehren von der klagenden oder von der beklagten Seite ausgegangen ist.

A. In dem ersten Falle sind folgende Fälle denkbar:

1) der Kläger trägt darauf an, daß auch noch andere Berechtigte, welche aber bisher noch nicht aufgetreten sind, zum Mitklagen gerichtlich aufgefordert werden sollen. — Einem solchen Antrage kann gemäß c. un. C. 3. 7. nicht entsprochen werden: selbst dann nicht, wenn der Richter von der Zweckmäßigkeit der Vereinigung überzeugt wäre. — So wenig der Kläger seine etwaigen Mitberechtigten außergerichtlich dazu zwingen könnte, mit ihm gemeinschaftlich zu agiren, eben so wenig kann er diesen Wunsch durch richterliche Vermittlung erfüllen. Auch da, wo Mehrere aus demselben Grunde berechtiget sind, steht es doch Jedem frei, die Klage schon

jetzt zu stellen, oder sie noch zurückzuhalten. Eine active subjective Klagenhäufung kann nur durch **freiwillige** Vereinigung der Berechtigten zu Stande kommen.

2) Der Kläger greift zugleich mehrere Verpflichtete an, in der Absicht seine Ansprüche gegen sie in einem Processe durchzuführen. In diesem Falle kann der Richter seinem Wunsche entsprechen, vorausgesetzt daß die im vorigen §. angeführten allgemeinen Bedingungen einer subjectiven Klagenhäufung vorhanden sind; und die Beklagten müssen sich dann auch wider ihren Willen zur gemeinschaftlichen Vertheidigung bequemen.

B. Verweigert aber der **Beklagte** die Fortsetzung des Verfahrens, so lange nicht eine Vereinigung hergestellt seyn würde (s. g. exceptio plurium litis consortium), so ist dieses wieder auf doppelte Art möglich:

1) Die Weigerung beruht darauf, daß außer dem jetzigen Kläger auch noch andere **Berechtigte** vorhanden seyen, welche sich noch nicht gemeldet haben. — In diesem Falle ist die Weigerung in der Regel erfolglos, selbst dann, wenn die übrigen Berechtigten mit dem gegenwärtigen Kläger einen **gemeinschaftlichen Anspruch** zu verfolgen hätten.

Denn ist

a) der Kläger nur *pro rata* berechtiget, und forderte er auch nicht mehr, als seinen Antheil, so hat der Beklagte ohnehin keine Ursache auf eine formelle Vereinigung aller Berechtigten zu dringen, welche ihm ja doch nicht nützen würde. Zudem ist es in diesem Falle jedem einzelnen Berechtigten sogar gesetzlich erlaubt, seinen Theilanspruch auch abgesondert zu verfolgen.

c. 1. C. 3. 40.

Sollte aber der Kläger mehr als seinen Antheil gefordert haben, so kann zwar der Beklagte die Einrede des

Zuvielforderns entgegensetzen; allein diese Einrede führt nicht nothwendig zu einer Vereinignng der Klageberechtigten, sondern sie kann auch durch die Herabstimmung des anfänglich gestellten Gesuches auf das Maß des treffenden Antheils beseitiget werden.

Ist aber

b) der Kläger *in solidum* berechtiget, so schließt in der Regel schon der Begriff der Solidarität die Einrede aus, von welcher hier die Rede ist. Nur dann, wenn die Solidarität bloß aus der Untheilbarkeit des Gegenstandes der Forderung entspringt, ist die Frage, ob nicht der Beklagte eine Vereinigung aller Berechtigten zur gemeinschaftlichen Proceßführung fordern dürfe, bestritten.

Vgl. Linde in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. XV. S. 408 flg. u. Bd. XVI. S. 91 flg., woselbst auch die Literatur über diese Controverse zu finden ist; — und

Planck a. a. O. vorzüglich S. 397 flg.

Allein in keiner der Hauptstellen des Röm. Rechts, welche sich auf diesen Fall beziehen, ist von einer Einrede dieser Art die Rede.

Fr. 17. D. 8. 1.

Fr. 192. D. 50. 17.

Fr. 25. §. 9. D. 10. 2.

Fr. 2. §. 2. in f. D. 45. 1.

Höchstens kann der Beklagte, wenn er sich durch die Proceßführung eines Einzelnen gefährdet sieht, von demselben verlangen, daß ihm Caution geleistet werde; oder er kann sich damit helfen, daß er den Gegenstand des Streites gerichtlich deponirt.

Fr. 81. §. 1. D. 46. 3, und

Fr. 1. §. 36. Fr. 14. pr. D. 16. 3.

Nur in dem ganz singulären Falle, auf welchen sich

Fr. 31. §. 5. D. 21. 1, und

Fr. 84. §. 13. D. 30.

beziehen, wird es der Beklagte dadurch, daß er die Einlassung auf die Klage des Einzelnen so lange verweigert, „donec omnes consentiant," wohl gewöhnlich dahin bringen, daß sich alle Berechtigten zur gemeinschaftlichen Klagestellung vereinigen, wenn man auch mit

Planck a. a. O. S. 400 und 402.

nicht annehmen will, daß sie sich wegen der Bemerkung des Fr. 31. cit.: „dareque unum procuratorem" vereinigen müssen.

2) Die Weigerung des Beklagten stützt sich auf die Behauptung, daß außer ihm noch mehrere Verpflichtete vorhanden seyen, welche er gemeinschaftlich mit sich angegriffen sehen will.

Auch in diesem Falle kann der Kläger nicht genöthiget werden, dem Begehren des Beklagten zu entsprechen, wenn er es nicht selbst angemessener findet, demselben nachzugeben. Denn ist

a) der Beklagte nur *pro rata* obligirt, und der Kläger fordert nicht mehr als den treffenden Schuldantheil, so wäre jenes Begehren zwecklos, und könnte jedenfalls unter Berufung auf c. 1. C. 3. 40. zurückgewiesen werden. Fordert aber der Kläger mehr, als die treffende Rate, so steht ihm zwar die Einrede des Zuvielforderns entgegen, welche er jedoch auch durch die Herabsetzung seines Anspruches auf das treffende Maß entkräften kann. — Ist aber

b) der Beklagte *in solidum* verpflichtet, so erscheint die Einrede des Vorhandenseyns mehrerer Mitverpflichteten gerade wegen der Solidarität der Verbindlichkeit als unerheblich. — Selbst die dem Beklagten etwa zu-

stehende Rechtswohlthat der Theilung gibt jener Einrede nicht die Kraft, durch welche ein gemeinschaftlicher Angriff gegen alle Verpflichteten erzwungen werden könnte, weil der Kläger auch durch die Herabsetzung seines Anspruches auf den Schuldantheil des Beklagten die Einrede der Theilung entkräften kann. —

Ueber das dem Hauptgrundsatze scheinbar widersprechende

Fr. 2. D. 11. 2.

S. Planck a. a. O. S. 116 flg.

Nur in dem Falle, wenn die solidarische Verbindlichkeit des Beklagten bloß auf der Untheilbarkeit des Gegenstandes oder der schuldigen Leistung beruht, ist die Sache auch hier wieder bestritten.

Allein, — wie man auch die hier einschlagenden Hauptstellen des Röm. Rechts interpretiren möge,

Fr. 17. D. 8. 1.

Fr. 192. D. 50. 17.

Fr. 25. §. 10. 11. D. 10. 2.

Fr. 2. §. 2. init. D. 45. 1.

Fr. 72. pr. D. eod.

Fr. 3. §. 3. fr. 5. §. 15. D. 13. 6.

L. Arndts, Lehrb. der Pandekten. München 1851. II. Abth. Heft I. §. 216. Anmerkung und die dortselbst Angeführten.

v. Savigny, das Obligationen-Recht. Bd. I. S. 358 flg.

so viel ist jedenfalls klar, daß in diesen Stellen dem Beklagten das Recht nicht eingeräumt wird, von dem Kläger zu fordern, daß er alle Mitverpflichteten gemeinschaftlich in einem Processe belange.

Ob es nicht zweckmäßiger wäre, dem Beklagten dieses Recht zu gewähren, ist eine andere Frage, für

deren Bejahung allerdings erhebliche Gründe angeführt werden können.

Fortsetzung.

§. 40.

Die Wirkung des „Miteinanderklagens" oder des „Miteinanderbeklagtseyns" mehrerer Personen ist eine bloß formelle, d. h. sie besteht nur darin, daß die mehreren dadurch angeregten Streitsachen nebeneinander in demselben Verfahren, — in den nämlichen Acten instruirt werden. Die individuellen Rechte und Verbindlichkeiten der einzelnen, miteinander streitenden Personen werden durch diese äußerliche Verbindung in keiner Weise alterirt, — weder erweitert, noch geschmälert. Was jede von ihnen alleinstreitend hätte thun dürfen, oder thun sollen, das darf und soll sie auch in dieser Verbindung. — Auch hat das Thun und Lassen des Einzelnen in der Regel weder einen nützlichen, noch einen schädlichen Einfluß auf die Beurtheilung der Rechtsverhältnisse der übrigen Mitstreiter; weßhalb auch der Ausgang des Rechtsstreites für jeden Theilnehmer ein verschiedener seyn kann.

Bei dieser Beschaffenheit der Sache kann die Zulassung einer solchen Verbindung auch nur insofern gerechtfertiget werden, als dieselbe als Mittel dient, um der Vermehrung der Processe und der damit verbundenen Kosten vorzubeugen. Ueberzeugt sich der Richter im Laufe der Verhandlungen, daß dieser Zweck nicht erreicht werden kann, so darf auch eine in der Erwartung des Gegentheils bereits zugelassene Verbindung dieser Art

wieder aufgelöst, und jede einzelne Streitsache in abgesonderten Acten fortgeführt werden.

Diese Sätze gelten übrigens nicht bloß in dem Falle, wenn mehrere Personen aus verschiedenen Gründen klagen oder belangt werden, sondern auch dann, wenn sie alle aus demselben Grunde berechtiget oder verpflichtet sind (Streitgenossen im gewöhnlichen Sinne). Denn auch in diesem Falle ist doch jeder selbständig berechtigt oder verpflichtet, und ihre Association ist nur eine zufällige. Die Vorstellung, daß eine Streitgenossenschaft eine juristische Person bilde, ist in jeder Beziehung unstatthaft und verwerflich. Auch das Verhältniß der „societas" ist unter Streitgenossen nicht immer vorhanden. — Als eigenthümliche Bestimmungen für den Fall, wenn mehrere — aus demselben Grunde Berechtigte oder Verpflichtete zusammenstehen, sind jedoch folgende zu bemerken:

a) daß Streitgenossen dieser Art, um zwecklose Wiederholungen oder Weitläufigkeiten zu vermeiden, zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Anwaltes angehalten werden sollen; — eine Bestimmung, welche zwar im Röm. Rechte nur in einigen besonderen Fällen als Ausnahme von der Regel gebilliget wird,

Fr. 5. §. 7. D. 46. 7.
Fr. 48. D. 10. 2.
Vgl. Fr. 31. §. 1. D. 3. 3.

dem deutschen Gerichtsgebrauche zufolge aber als Regel zu betrachten ist.

Mev. II. Decis. 342. not. 5.
Planck a. a. O. S. 407.

b) Daß mehrere Streitgenossen dieser Art, wenn sie den Streit gemeinschaftlich begonnen haben, nach der

Litiscontestation eine s. g. präsumtive Vollmacht für einander haben.

c. 2. C. 3. 40.

Clem. 3. — 1. 10.

c) Daß der günstige Erfolg der von einem Streitgenossen eingewandten Appellation doch auch den übrigen zu gute kommen soll, insofern die für ihn geltend gemachte ratio vincendi auch auf die übrigen paßt, und diese nicht etwa ihre Unterwerfung unter das nachtheilige Erkenntniß der vorigen Instanz bereits an den Tag gelegt haben.

c. 1. 2. C. 7. 68.

Planck a. a. O. S. 424.

II.

Von der Intervention.

§. 41.

Mit dem Ausdrucke „Intervention" pflegt man im processualischen Gebiete den Fall zu bezeichnen, wenn sich ein Dritter aus eigenem Interesse in der Eigenschaft eines streitenden Theiles in einen bereits begonnenen, aber noch nicht gänzlich beendigten Rechtsstreit einmischt. Ausgeschlossen von dem Begriffe der Intervention ist daher ebensowohl die Einsprache eines anderen Gerichts oder einer anderen Behörde (s. g. Competenz-Conflict), als auch der Fall des Hinzutretens eines Advocaten zu einem der streitenden Theile. Noch weniger denkt man dabei an die Einmischung dritter Personen, welche nur als Zeugen oder als Sachverständige in einem Rechtsstreite beigezogen werden.

Mit Rücksicht auf den Zweck der Einmischung unterscheidet man zweierlei Arten der Intervention, nämlich

die principale und die accessorische (Haupt- und Nebenintervention). Die zu der einen und zu der anderen gehörigen Fälle werden jedoch in den Gesetzen nirgendwo unter einen gemeinschaftlichen Gesichtspunkt gestellt, oder zusammenhängend behandelt. Auch sind die Grundsätze über Zuläßigkeit und Wirkung dieser beiden Arten der Intervention wesentlich verschieden. Mit Recht wird daher die bisher übliche collective Darstellung dieser Verhältnisse aufgegeben, und jedes derselben besonders erörtert.

Von der Hauptintervention.

Gewöhnliche Darstellung.

§. 42.

Von einer Principalintervention spricht man in dem Falle, wenn ein Dritter, ohne Rücksicht auf die Interessen der bisherigen streitenden Theile, — ja selbst auf die Gefahr hin, mit beiden in Collision zu gerathen, einen eigenen klagbaren Anspruch durch sein Dazwischentreten geltend zu machen sucht. — Wenn aber diese Art von Intervention zuläßig seyn soll, so muß der Intervenient zu bescheinigen vermögen, daß die Fortsetzung des bisherigen Rechtsstreites, und insbesondere die Vollziehung des in demselben erfolgenden Endurtheils — ohne Rücksicht auf seinen Anspruch — nachtheilige Folgen für ihn haben könnte. Ohne diese Gefahr wird die Einmischung des Dritten nicht gestattet, sondern dieser zur abgesonderten Verfolgung seines Rechtes auf dem gewöhnlichen Wege verwiesen. — Worin aber der Gegenstand seines Anspruches besteht, darauf wird gewöhnlich

kein entscheidendes Gewicht gelegt. — Der Hauptfall ist allerdings der, wenn der Dritte denselben Gegenstand, welcher das Object des bisherigen Hauptstreites bildet, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt. Aber auch dann, wenn sich das Recht des Dritten nur auf ein von dem Hauptstreitgegenstand verschiedenes Executions-Object bezieht (Fr. 15. §. 4. D. 42. 1.), wird die Einsprache des Dritten unter den Gesichtspunkt der Intervention gestellt. — Ebenso wenig wird die Zulässigkeit der Hauptintervention davon abhängig gemacht, in welcher Lage sich der bisherige Rechtsstreit zur Zeit der Einsprache des Dritten befindet, indem man dieselbe nicht nur bis zu der rechtskräftigen Entscheidung, sondern auch noch im Executionsverfahren für statthaft hält. — Dagegen bringt es schon der Begriff der Intervention mit sich, daß sie nur bei dem Gerichte angebracht werden kann, bei welchem der bisherige Proceß anhängig war.

Ueber die Wirkungen einer für zuläßig erkannten Principalintervention sind zwar die Ansichten nicht durchgehends übereinstimmend. Allein folgende Sätze dürften doch der Natur und dem Zwecke des ganzen Instituts am meisten entsprechen:

1) Durch die Principalintervention entsteht immer ein neues, formell selbständiges Streitverfahren, in welchem der Intervenient als Kläger erscheint, die Rolle des Beklagten aber entweder beiden bisherigen Parteien oder auch nur einer derselben, — je nach Beschaffenheit ihrer Erklärung über die Ansprüche des Intervenienten zufallen kann. — In dem letzten Falle, — wenn sich nämlich nur eine der bisherigen Parteien der Einsprache des Intervenienten widersetzt, kann sich zwar das subjective Streitverhältniß so stellen, daß Jemand die Rolle des Beklagten zu übernehmen hat, der

nach den allgemeinen Grundsätzen über die s. g. passive Sachlegitimation zur Sache nicht dazu berufen wäre. Allein diese Anomalie wird hier nicht beachtet.

Claproth, Einl. in den ord. Proc. II. Thl. S. 743. Vgl. Planck a. a. O. S. 457.

2) Hinsichtlich des Einflusses der Intervention auf den Fortgang des bisherigen Rechtsstreites ist zu unterscheiden, ob die Intervention noch vor der rechtskräftigen Entscheidung des letzteren stattgefunden hat, oder erst später. In dem ersten Falle hängt alles von den Umständen und von dem klugen Ermessen der bisherigen Parteien ab. — Haben diese Grund, zu besorgen, daß der Intervenient mit seinem Anspruche durchsetzen könnte, so thun sie — um vergeblichen Aufwand von Mühe und Kosten zu ersparen — besser, wenn sie einstweilen ihren Streit ruhen lassen. Fürchten sie aber nicht, von dem Intervenienten besiegt zu werden, so ist es zweckmäßiger, sich durch die Intervention in ihrem Processe nicht stören zu lassen, sondern diesen neben dem Streite gegen den Intervenienten fortzusetzen. Nur kann in diesem Falle der Intervenient von dem bisherigen Kläger für den Fall, wenn dieser früher durch rechtskräftiges Urtheil zum Besitze des Streitgegenstandes gelangen, später aber der Sieg dem Intervenienten zuerkannt werden sollte, eine angemessene Caution de restituendo begehren. — Sollten sich die bisherigen streitenden Theile über die Fortsetzung oder Sistirung ihres Processes nicht vereinigen können, so hat der Richter nach eigenem Ermessen darüber zu erkennen.

Geschieht aber die Principalintervention erst nach der rechtskräftigen Entscheidung des bisherigen Processes, — d. h. nach der rechtskräftigen Verurtheilung des bisherigen Beklagten, — (denn im Falle

einer Losſprechung desſelben erſcheint die Einſprache des Dritten nicht mehr als Intervention, ſondern als eine gewöhnliche Klage gegen den bisherigen Beklagten allein), ſo kommt es darauf an, ob der Intervenient nur ein Recht auf das zufällige Executionsobject geltend zu machen ſucht, oder auf den Hauptgegenſtand des früheren Rechtsſtreites ſelbſt. In dem erſten Falle wird der Einſpruch des Intervenienten nur ſummariſch unterſucht, und nach Befund der Sache entweder dieſes Executionsobject frei gelaſſen, und gegen ein anderes vertauſcht, oder der Intervenient wird zurückgewieſen (Fr. 15. §. 4. D. 42. 1.). — In dem zweiten Falle aber hat die Principalintervention (vorausgeſetzt, daß ſie gehörig begründet iſt) in der Regel allerdings die Wirkung, daß durch ſie der Fortgang der Execution gehemmt wird. Dieſe Wirkung kann jedoch der Sieger dadurch vereiteln, daß er dem Intervenienten hinreichende Caution wegen Herausgabe des Streitobjects für den Fall leiſtet, wenn der Intervenient in dem neuen Proceſſe gegen ihn den Sieg erlangen ſollte. Nur dann, wenn durch den Vollzug der Execution für den Intervenienten ein unwiederbringlicher Nachtheil entſtehen würde, iſt dieſer nicht ſchuldig ein Cautionsoffert anzunehmen, ſondern in dieſem Falle kann er unbedingt darauf beſtehen, daß die Execution bis zur Entſcheidung ſeines Anſpruches ausgeſetzt bleibe.

In denjenigen Fällen übrigens, in welchen der Grundſatz gilt, daß durch ein früheres Urtheil zu Gunſten eines Berechtigten die Anſprüche Anderer auf dasſelbe Object aufgehoben werden (z. B. Fr. 14. pr. D. 9. 4. Fr. 10. D. 15. 1.), kann begreiflich von einer wirkſamen Intervention in der Executions-Inſtanz überhaupt nicht die Rede ſeyn.

Was endlich das **Verfahren** bei der Principalintervention betrifft, so ist darüber Folgendes zu bemerken:

1) Den ersten Impuls dazu gibt die schriftliche oder mündliche Anmeldung des Dritten, welcher zu interveniren gedenkt, bei dem Gerichte des bisherigen Rechtsstreites. In dieser Anmeldung sollen die Erfordernisse einer zulässigen Principalintervention nicht bloß angeführt, sondern auch bescheiniget werden. — Findet der Richter den Antrag formell ungeeignet, so soll er denselben ohne Weiteres zurückweisen. — Widrigenfalls setzt er aber

2) die bisherigen Parteien davon in Kenntniß, und fordert sie auf, sich darüber zu äußern, ob sie sich den Ansprüchen des Dritten widersetzen wollen, oder nicht. — Weichen vor dem Intervenienten **Beide** zurück, so ist dadurch jedes weitere Streitverfahren, wenigstens in der Hauptsache selbst, beendigt. — Wird aber der Anspruch des Intervenienten bestritten, so ist dieser anzuweisen, eine förmliche Klage zu stellen, mit welcher ein neuer Rechtsstreit beginnt.

Diese Klage wird gegen **beide** Parteien gerichtet, wenn sich beide opponirt hatten. — War bloß der bisherige Beklagte allein Opponent, der Kläger aber nicht, so erlöscht der bisherige Rechtsstreit in der Hauptsache, und der neue wird bloß zwischen dem Dritten und dem bisherigen Beklagten geführt. Hatte sich aber umgekehrt nur der bisherige Kläger dem Intervenienten widersetzt, während der Beklagte seinen Anspruch anerkannte, so wird der neue Rechtsstreit nur zwischen dem Intervenienten und dem bisherigen Kläger über die Frage geführt, welchem von beiden das stärkere Recht zusteht.

Vgl. **Planck** a. a. O. S. 463. lit. c.

Diese bisher angeführten Grundsätze über Zulässigkeit und Wirkung der Principalintervention entsprechen wenigstens in den Hauptumrissen der neueren Doctrin über diesen Gegenstand. Einzelne Abweichungen in Bezug auf untergeordnete Detailfragen sind allerdings bei dieser Darstellung nicht beachtet worden.

Vgl. Claproth, Einl. in den ord. Proc. II. S. 732 bis 762.

Gönner, Hdb. I. Abh. 18.

Martin, Lehrbuch. 12te Aufl. §. 303 u. 304.

Gensler, Arch. für civ. Prax. IV. S. 153 flg.

Jul. J. Lang, die Intervent. nach den Grds. des gem. deutschen Civilproc. Landshut 1826.

Linde, Lehrb. 7te Aufl. §. 110 und 111.

Schmid, Handb. I. S. 150 flg.

Heffter, System. S. 604 flg.

Planck a. a. O. besonders S. 439 flg.

Prüfung der gewöhnlichen Lehre nach dem Inhalte der Quellen.

§. 43.

Abgesehen von dem Falle, in welchem ein Dritter nur sein Recht auf das zufällige Executionsobject in einem fremden Rechtsstreite zu wahren sucht, — in welchem Falle das hiebei oben angedeutete Verfahren allerdings schon im Röm. Rechte vorkommt (Fr. 15. §. 4. D. 42. 1.), ist die Principalintervention dem Röm. Rechte nicht bloß dem Namen, sondern auch der Sache nach fremd. Die Inconvenienz, welche dadurch entstehen konnte, daß ein Dritter denselben Gegenstand, über wel-

chen bereits zwischen zwei Personen ein Rechtsstreit anhängig war, für sich gerichtlich in Anspruch nahm, wurde nicht dadurch abgewandt, daß man dem Dritten eine — den bisherigen Rechtsstreit störende Einsprache gestattete; sondern in der Art, daß jenem der beiden Prätendenten, welcher zuerst ein obsiegliches Urtheil erwirkte, die Verbindlichkeit aufgelegt wurde, dem unterliegenden Beklagten dafür Sicherheit zu leisten, daß er ihn von nun an gegen den zweiten Prätendenten vertreten werde.

Fr. 57. D. 5. 3.

Fr. 57. D. 6. 1.

Eine Unterbrechung des früher begonnenen Verfahrens, oder eine Combination der beiden Processe in der oben beschriebenen Weise vor dem Endurtheile fand daher nach Röm. Rechte überall nicht statt; und auch die jetzt noch übliche Cautionsleistung, — obgleich sie durch die im Röm. Rechte angeordnete veranlaßt wurde, ist doch von dieser sowohl in Ansehung ihres Zweckes, als der Partei, welcher sie geleistet wird, wesentlich verschieden.

Linde, Abh. II. S. 148 flg.

Planck a. a. O., besonders S. 164 flg.

Heise und Cropp, Jurist. Abh. Bd. I. S. 243 flg. §. 10 und 11.

Wenn aber auch das Röm. Recht die Principalintervention in ihrer gegenwärtigen Gestalt nicht kannte, so läßt sich doch nicht läugnen, daß dieselbe in dem canonischen Rechte, — insbesondere in dem c. 38. X. 2. 20, — wenigstens in den Hauptsätzen eine gesetzliche Stütze findet.

Planck a. a. O., besonders S. 440 flg.

Die weitere Ausbildung war allerdings ein Werk der Doctrin und der Praris.

Der Gerichtsgebrauch hat sich übrigens jedenfalls schon längst und so allgemein dafür entschieden, daß eine Verbannung dieses Instituts, für welches auch die Rücksicht auf die wünschenswerthe Verminderung der Processe spricht, — aus dem Gebiete des gemeinen deutschen Processes nicht zu rechtfertigen wäre.

Accessorische Intervention.

§. 44.

Wesentlich verschieden von der s. g. Principalintervention ist die accessorische, welche darin besteht, daß sich ein Dritter einer der beiden im Streite begriffenen Parteien bloß in der Absicht beigesellt, um ihr Beistand zu leisten, und zum Siege zu verhelfen. Durch diesen Zweck des Beitrittes gewinnt der accessorische Intervenient einige Aehnlichkeit mit dem Advocaten einer Partei. Allein auch abgesehen davon, daß der Intervenient immer selbst wenigstens ein indirectes Interesse an dem Ausgange des Rechtsstreites haben muß, unterscheiden sich Beide schon dadurch, daß der Intervenient keine rechtswissenschaftliche Bildung zu besitzen braucht, daß er auch ungerufen beitreten darf, und für seinen Beistand ein Honorar zu fordern nicht berechtigt ist.

Da übrigens der accessorische Intervenient bei der Streitsache weder als Kläger, noch als Beklagter unmittelbar betheiliget ist, so kann auch das durch diese Intervention entstehende Verhältniß nicht als eine subjective Klagenhäufung, oder als eine eigentliche Streitgenossenschaft im Sinne der gewöhnlichen Doctrin betrachtet werden.

Die Zulässigkeit der accessorischen Intervention hängt von dem Interesse ab, welches der Dritte von dem Erfolge des Rechtsstreites hat, in welchem er interveniren will. Bloße persönliche Zuneigung zu einem der streitenden Theile, oder die Besorgniß, durch den ungünstigen Ausgang des Processes in zufälligen Hoffnungen oder Erwartungen getäuscht zu werden, gewährt noch kein Recht zu einer förmlichen Intervention. Denn Fr. 1. §. 1. D. 49. 5. (wo eine ratio „*pietatis*" als Grund angeführt wird) enthält nur eine Ausdehnung der gewöhnlichen Grundsätze über die s. g. präsumtive Vollmacht, oder die defensio.

Nach den Bestimmungen des Röm. Rechts findet eine Intervention dieser Art nur dann statt, wenn entweder der Dritte

1) ein Recht hat, dessen Existenz durch den Fortbestand des bestrittenen Rechtes einer Partei bedingt ist;

Fr. 5. §. 1. fr. 29. pr. D. 5. 2.
Fr. 14. pr. D. 49. 1.
Nov. 112. c. 1.

oder wenn er

2) von einer Partei eine Regreßklage zu besorgen hat, falls diese in dem Rechtsstreite gegen einen Andern unterliegen sollte.

Fr. 4. §. 3. D. 49. 1.
Fr. 63. D. 42. 1.
(Fr. 6. D. 49. 1. handelt vom Criminalverfahren;
Fr. 69. D. 3. 3. hängt mit dem älteren Verhältniß der Procuratoren zusammen.)

Eine an sich zulässige accessorische Intervention ist übrigens nicht auf einen bestimmten Abschnitt des Processes beschränkt, sondern findet zu jeder Zeit statt, —

so lange der Dritte durch seinen Beitritt noch etwas nützen zu können glaubt; also auch nach dem Urtheile noch, insofern der Intervenient gegen das Urtheil die Appellation, oder ein anderes zulässiges Rechtsmittel gebrauchen will.

Fr. 4. §. 3. 4. fr. 5. pr. fr. 14. pr. D. 49. 1.

Fr. 2. §. 1—3. D. 49. 4.

Fr. 1. pr. D. 49. 5.

Nur muß er freilich den Proceß in der Lage aufnehmen, in welcher er ihn zur Zeit seines Beitrittes findet, weßhalb auch die Wahl des Zeitpunktes jetzt vorsichtig, und mit Rücksicht auf die ihm zu Gebote stehenden Assistenzmittel geschehen muß.

Daß die Intervention nur bei dem Gerichte stattfinden kann, bei welchem der Hauptstreit anhängig ist, sogar dann, wenn der Intervenient anderswo einen gefreiten Gerichtsstand haben sollte, ergibt sich aus dem Bisherigen von selbst.

Fr. 49. pr. D. 5. 1.

Der wirkliche Anschluß des Dritten an eine Partei wird durch einen mündlichen oder schriftlichen Antrag desselben eingeleitet, worin er das specielle rechtliche Interesse anführt und bescheiniget, durch welches er sich zur Intervention bewogen findet. Hält der Richter diesen Antrag für offenbar begründet, oder unbegründet, so kann er demselben ohne Weiteres stattgeben, oder ihn verwerfen. Nur in zweifelhaften Fällen ist ein summarisches Verfahren über die formelle Vorfrage der Zulässigkeit einzuleiten, welches jedoch möglichst abgekürzt werden soll. Der Fortgang der Hauptsache selbst wird durch diese Intervention nie sistirt. Wird sie zugelassen, so soll zur Vereinfachung des Verfahrens dem Intervenienten und dem Schützling desselben aufgegeben wer-

den, einen gemeinschaftlichen Anwalt zu bestellen. — Die Frage, ob die Hauptpartei den Beistand des Dritten zurückweisen dürfe, ist verneinend zu beantworten, insofern nicht die Partei die Gefahr, wegen welcher die Intervention geschehen ist, sofort auf befriedigende Weise beseitiget. — Dagegen kann umgekehrt die Hauptpartei dem Intervenienten, wenn dieser dazu einwilliget, die Fortführung des Processes allein überlassen, jedoch nur auf ihren Namen, weßhalb sie sich auch in diesem Falle dem Urtheile unbedingt unterwerfen muß, gleich als ob sie selbst gehandelt hätte. — Vernachlässiget die Hauptpartei den Proceß, so kann der Intervenient für sich allein die nöthigen Schritte machen.

Fr. 5. §. 3. u. 4. D. 49. 1.

Die accessorische Intervention ist übrigens schon im Röm. Rechte begründet. — Außer dem Ausdrucke *„intervenire“* (Fr. 5. §. 3. D. 46. 7. — Fr. 4. §. 4. D. 49. 1.) kommt für dieselbe auch der Ausdruck *„causae adesse“* vor (Fr. 69. D. 3. 3. Fr. 29. pr. D. 5. 2.).

Planck a. a. O. S. 160 flg.

Die übrige neuere Literatur, wie oben S. 135.

Gemischte Intervention.

§. 45.

Sehr bestritten ist die Frage, ob nicht auch eine gemischte, d. h. eine solche Intervention vorkommen könne, welche aus einer principalen und accessorischen zusammengesetzt wäre.

Daß sich der Dritte zuweilen in einer Lage befinden kann, in welcher er kraft eines ihm zustehenden

Rechtes auf das Streitobject mit einer selbständigen Klage auftreten, — also principal interveniren; — eben sowohl aber auch, nach den im vorigen §. angeführten Grundsätzen bloß einer Partei beistehen, d. h. nur accessorisch interveniren könnte, ist nicht zu bezweifeln. Wenn er aber in einem solchen Falle nur den einen oder den andern dieser beiden Wege wirklich ergreift, so ist seine Intervention offenbar nicht eine gemischte, sondern entweder eine rein principale, oder eine rein accessorische. — Die Frage ist also nur, ob der Dritte nicht beide Wege zugleich ergreifen könne? — Auch Dieses läßt sich denken, insofern der bisherige Kläger das selbständige Recht des Dritten anerkennt, und nur der bisherige Beklagte sich ihm widersetzt. Allein auch in diesem Falle ist wenigstens der Ausdruck „gemischte Intervention" unpassend, weil eigentlich zwei Interventionen vorliegen, — nämlich eine selbständige neue Klage des Dritten wider den bisherigen Beklagten, welche auf die gerichtliche Anerkennung seines Rechtes abzielt; und eine Verbindung des Dritten mit dem bisherigen Kläger in dem bereits anhängigen Rechtsstreite.

Vgl. Claproth a. a. O. §. 445 u. 460.

Martin in s. und Walchs Mag. I. S. 148 flg., und den unmittelbar vorhergehenden Aufsatz von Epplen.

Gönner, Hdb. I. Abh. 18. §. 9. und 10.

Mittermaier im Arch. II. S. 256 flg.

Schmid, Hdb. I. S. 153. Nr. 3.

Besonders: Planck a. a. O. S. 469.

Veranlassung der Intervention.

1) Durch sogenannte Adcitation.

§. 46.

Abgesehen von der älteren Theorie — (Eberh. Canz de adcit. tert. ad lit. Tubing. 1759), welche seit Danz (Grundſ. des ord. Proc. 4te Ausg. §. 486 und §. 487.) ohnedieß keine bedeutenden Anhänger mehr gefunden hat, befolgt die neuere Praxis zum Theile noch die von Gönner (Hdb. I. Abhdl. 19. u. Derselbe zu Danz a. a. O. §. 489) über diesen Gegenstand aufgestellten Grundsätze. Seiner Ansicht zufolge ist aber die Adcitation die gerichtliche Beiladung eines Dritten zu einem bereits anhängigen Streite, um in demselben princip. zu interveniren; und sie soll vorzugsweise dann stattfinden, wenn

1) von mehreren Mitberechtigten Einer an der Klage nicht Theil genommen hat, — der Gegenstand der Klage untheilbar ist, — und der Beklagte die exceptio plurium lit. consort. entgegensetzt; — wenn

2) von mehreren Mitverpflichteten Einer auf das Ganze belangt wird, diesem an dem Ausgange der Sache gelegen ist, und er durch die exc. pl. lit. cons. keinen Aufschub veranlassen will; —

3) wenn der Richter in einem Theilungsprocesse wahrnimmt, daß außer den bisherigen Parteien auch noch ein anderer Theilhaber vorhanden ist; oder, wenn

4) ein Gegenstand streitig wird, über welchen der Richter schon früher einmal zu Gunsten eines Dritten erkannt hat.

Das Nichterscheinen des Adcitirten soll als Ungehorsam betrachtet, und hiebei darauf gesehen werden, ob sich der Dritte, wenn er erschienen wäre, an eine Partei als Streitgenosse hätte anschließen können oder nicht. In dem ersten Falle soll der Ausbleibende das Endurtheil auch gegen sich gelten lassen müssen; in dem zweiten sollen die gewöhnlichen, gesetzlichen Contumacialnachtheile eintreten.

Allein, — auch abgesehen davon, daß diese Theorie mit unrichtigen Vorstellungen über die exc. plur. lit. cons. zusammenhängt, widerspricht dieselbe auch a) dem gemeinrechtlichen Verhandlungsprincip; sie ist b) auch durch kein Gesetz unterstützt, — indem die Nov. 99. c. 1. §. 1 u. 2. keineswegs von einer ex officio verfügten Beiladung spricht;

S. die Uebers. dieser Nov. von Hombergk zu Vach, und Gensler im Arch. f. civ. Pr. Thl. IV. Hft. 2. S. 176.

und c) der Dritte ist auch rechtlich durch die Unterlassung der Adcitation keiner Gefahr ausgesetzt, weil der anhängige Proceß, so wie das in demselben erlassene Urtheil für ihn als res inter alios acta nicht nachtheilig wirken kann. — Daß dem Dritten durch die Nichttheilnahme an diesem Processe die Verfolgung seines Rechtes factisch erschwert werden kann, ist aber kein hinreichender Grund für den Richter zur Adcitation, weil ihm überhaupt nicht obliegt, unaufgefordert auf das Privat-Interesse dritter Personen Rücksicht zu nehmen.

Vergl. Mittermaier im Arch. f. civ. Pr. III. Abh. 2.

Gensler in Comment. zu Martin (Ausg. v. Morstadt) II. S. 214.

Nur im Concursprocesse tritt gewissermaßen eine Ausnahme ein, indem durch die Edictalcitation dritte, selbst bisher unbekannte Gläubiger zur gerichtlichen Verfolgung ihrer Ansprüche aufgefordert werden. — Wenn man aber auch da eine Ausnahme gelten lassen will, wo ein Dritter zu einer Partei in einem solchen Verhältnisse steht, daß eine von der letzteren vorzunehmende Proceßhandlung nur durch Jenen geschehen kann; — so ist dagegen zu bemerken, daß hier die Beiladung des Dritten nicht eine Adcitation im gewöhnlichen Sinne genannt werden könne, weil der Dritte kein selbständiges Recht verfolgt, sondern nach dem Vollzuge der einzelnen Proceßhandlung sich wieder zurückzieht.

Linde, Lehrb. §. 113. a. E.

Arch. f. civ. Pr. IV. S. 178.

Aus dem legislativen Gesichtspunkte betrachtet, dürfte übrigens die Adcitation bei den Theilungsprocessen allerdings als zweckmäßig und wünschenswerth erscheinen.

Vgl. überh. W. Brauer im Arch. für civ. Prax. Bd. XXIII. S. 342. u. Mittermaier ebendas. S. 363.

2) Durch Streitverkündigung (*litis denunciatio*).

§. 47.

Die Streitverkündigung besteht darin, daß eine Partei einem Dritten von dem Processe Nachricht gibt, um ihn hierdurch darauf aufmerksam zu machen, daß er ihr beistehen, und vielleicht durch seinen Beistand den Proceß gewinnen helfen könne. Sie geht daher nicht primitiv von dem Richter aus, ist keine Ladung und veranlaßt keine Principal- sondern nur eine accessorische Intervention.

Wenn die Denunciation die Folge haben soll, daß sich der Gegner den Beitritt des Dritten gefallen lassen muß, so wird vorausgesetzt, daß sich der Dritte zu dem Denuncianten in einem solchen Verhältnisse befindet, in welchem er auch ohne Streitverkündigung accessorisch interveniren könnte. Die Hoffnung des Denuncianten allein, daß ihm der Beistand des Dritten nützlich werden könnte, — reicht daher zu einer wirksamen Streitverkündigung noch keineswegs hin.

Vergl. Gesterding, Ausbeute von Nachforsch. I. S. 350 flg.

Nothwendig ist sie übrigens auch da, wo sie mit rechtlichem Erfolge geschehen dürfte, nicht immer; sondern nur in eigentlichen Evictions- d. h. in solchen Fällen, in welchen die Regreßklage der Partei dadurch bedingt ist, daß sie vorher einen Proceß geführt und verloren haben muß. Erscheint daher die Proceßführung bloß als etwas Zufälliges, — zur Begründung einer Entschädigungs-Klage gegen den Dritten nicht Nothwendiges; — so mag es zwar rathsam seyn, dem Dritten den Streit zu verkündigen; aber die Unterlassung der Denunciation hat doch für die Partei die nachtheilige Folge nicht, wie in dem ersten Falle. — Denn alle Stellen des Röm. Rechts, welche der Partei die Streitverkündigung zur Pflicht machen, sprechen nur von Evictionsfällen;

Fr. 53. §. 1. Fr. 62. §. 1. D. 21. 2.

c. 8. 9. 20. 23. C. 8. 45. c. 1. C. 4. 48.

und eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf Fälle anderer Art dürfte, — obgleich sie in neuerer Zeit von mehreren Proceßlehrern vertheidigt wird,

S. v. Gönner, Hdb. I. Abh. 17. §. 2.

Linde, Lehrb. §. 112. Not. 5.

Mühlenbruch, Cession (2te Auflage.) S. 599. Not. 193.

doch weder nach positiven Bestimmungen,

Arg. Fr. 10. §. 11 u. 12 u.

Fr. 29. pr. D. 17. 1.

noch aus allgemeinen Gründen zu rechtfertigen seyn.

Vgl. Gensler im Arch. f. c. Pr. IV. 2. S. 180 flg.

Duntze im Arch. X. S. 355 flg.

Bei der Vornahme der Streitverkündigung ist Folgendes zu beobachten:

1) Der Denunciant muß den Dritten umständlich und genau von der Lage des Processes in Kenntniß setzen, was am zweckmäßigsten durch abschriftliche Mittheilung der bisherigen Verhandlungen bewerkstelliget wird.

Ob aber die Anzeige gerichtlich oder außergerichtlich geschieht, darauf kommt nach gemeinem Rechte nichts an, weil der in den Gesetzen gebrauchte allgemeine Ausdruck „denunciare" auch auf eine außergerichtliche Anzeige paßt.

Mühlenbruch, Cession (2. Aufl.) S. 65.

Nur ist es rathsam, sich im Falle einer außergerichtlichen Denunciation einen Beweis darüber zu verschaffen, daß sie wirklich geschehen sey.

2) Ueber den Zeitpunkt, in welchem die Streitverkündigung geschehen soll, kommen zwar im Röm. Rechte widersprechende Stellen vor.

Fr. 29. §. 2. D. 21. 2. und

Fr. 29. §. 3. D. 32.

Da jedoch in unserem jetzigen Verfahren die Parteihandlungen an bestimmte Termine gebunden sind, — und da der Denunciant, als accessorischer Intervenient, nichts Versäumtes mehr nachholen darf, so muß man jetzt den Streit zu einer Zeit verkündigen, zu welcher

der Beistand des Dritten noch etwas nützen kann. — Weil man nun die Hülfsmittel, welche dem Dritten zu Gebote stehen, gewöhnlich nicht kennt, so thut man am klügsten, den Streit als Beklagter noch vor der Einlassung, als Kläger vor der Replik zu denunciren.

Archiv f. c. Pr. IV. S. 182.

3) Die Denunciation muß immer dem unmittelbar nächsten Gewährsmanne geschehen. Ein Ueberspringen des nächsten Auctors ist nur dann zulässig, wenn dieser sein Regreßrecht an seinen Gewährsmann cedirt; — keineswegs aber auch bloß wegen Verarmung des nächsten Auctors. Sind mehrere unmittelbar nächste Auctoren vorhanden, so muß der Streit Jedem verkündigt werden.

Fr. 62. §. 1. D. 21. 2.

Ueber die Wirkungen der Streitverkündigung sind folgende Grundsätze zu bemerken:

I. Die Litisdenunciation ist nicht der ursprüngliche Grund des Regreßrechtes gegen den Dritten. Vielmehr muß dieses Recht ohnehin schon in Folge des zwischen der Partei und dem Dritten bestehenden Verhältnisses begründet seyn, um mit Erfolg litem denunciren zu können.

II. Widerspricht der Denunciat, für den Ausgang des Processes haften zu müssen, so soll darüber nie jetzt schon eine Verhandlung gestattet werden, weil es ja zur Zeit noch ungewiß ist, ob nicht der Denunciant den Hauptproceß gewinnt, und weil in diesem Falle ohnehin kein Rückanspruch gegen den Denunciaten gemacht wird.

III. Für den Denunciaten entsteht durch die Streitverkündigung keine Verbindlichkeit, dem Denuncianten Beistand zu leisten. Sein Ausbleiben hat daher

auch kein Ungehorsamsverfahren zur Folge. Es soll ihm nur Gelegenheit gegeben werden, durch seine Assistenz die ihm drohende Regreßklage abzuwenden. Benützt er diese Gelegenheit nicht, so kann er zwar in der Folge der gegen ihn erhobenen Regreßklage die Einwendung nicht entgegensetzen, daß mit seiner Beihülfe der Proceß gewonnen worden wäre; — außerdem trifft ihn aber kein Nachtheil.

Klüger ist es aber allerdings, die Assistenz nicht zu verweigern, weil er sonst das wider den Denuncianten ergangene Urtheil gelten lassen muß, ausgenommen, er könnte beweisen, daß der Proceß bloß durch eigenes Verschulden des Denuncianten verloren worden sey. Fr. 63. §. 2. D. 21. 2.

IV. Hieraus ergibt sich, daß die Denunciationsschrift von Seite des Gerichts dem Denunciaten bloß zur Wissenschaft und Nachachtung mitzutheilen ist. Höchstens kann demselben für den Fall, wenn er sich des Denuncianten annehmen wollte, aufgegeben werden, mit demselben einen gemeinschaftlichen Anwalt zu bestellen und in einerlei Schriften zu handeln.

V. Benützt der Denunciat die ihm dargebotene Gelegenheit zur Beistandleistung wirklich, so erscheint er als accessorischer Intervenient. — Indessen ist auch nichts dagegen zu erinnern, wenn er sich bereit erklärt, den Proceß im Namen des Denuncianten allein durchführen zu wollen, wogegen der Denunciant gewiß nie etwas einzuwenden haben wird.

Vgl. Gensler im Arch. IV. S. 188 flg.

Daß sich übrigens der Denunciat jedenfalls dem Gerichte unterwerfen muß, bei welchem die Sache bereits anhängig geworden ist, kann wenigstens dann nicht be-

zweifelt werden, wenn der Denunciant selbst dieses Gericht nicht mehr abzulehnen vermöchte.

Fr. 49. pr. D. 5. 1.

VI. Die Folgen der unterlassenen Streitverkündigung sind verschieden, je nachdem der Dritte zur Evictionsleistung im eigentlichen Sinne verpflichtet gewesen wäre, oder nicht.

In dem ersten Falle hat die Unterlassung in der Regel die Folge, daß der Dritte von der Verbindlichkeit, Gewährschaft zu leisten, befreit wird;

Fr. 53. §. 1. D. 21. 2.
c. 8. C. 8. 45.

außer, a) er hätte der Partei die Vornahme der Denunciation selbst auf irgendeine Art unmöglich gemacht;

Fr. 55. §. 1. Fr. 56. §. 5 und 6. D. 21. 2.

oder b) im Falle einer Entsagung desselben auf die ihm gesetzlich zustehende Befugniß, die Streitverkündigung zu verlangen;

Fr. 63. pr. D. eod.

oder c) wenn sich nachweisen läßt, daß die Sache an sich so hoffnungslos war, daß auch der Beistand des Dritten nichts hätte nützen können.

arg. a. contr. Fr. 53. §. 1. D. 22. 2.
Vgl. Fr. 11. §. 12. D. 19. 1.

Weil jedoch in diesem letzten Falle die Partei, welche hätte denunciren sollen, den Beweis der Erfolglosigkeit der Assistenz liefern müßte, — und dieser Beweis oft mit großen Schwierigkeiten verbunden seyn kann: so ist es immerhin rathsamer, auch bei hoffnungslosen Evictionsprocessen die Litisdenunciation nicht zu unterlassen; um so mehr, da die Gültigkeit der Ausnahme an sich nicht unbestritten ist.

S. Weber, Beitr. zu der Lehre von den Kl. und Einr. St. I. Abh. 5. S. 42 flg.

In dem zweiten Falle hingegen bleibt der Dritte zur Entschädigung verpflichtet, wenn ihm gleich der Streit von der Partei nicht denuncirt wird.

S. oben S. 145.

Nur durch eine dolose Unterlassung der Denunciation wird er auch hier von seiner Haftung befreit, wenn nämlich die Partei wußte, daß dem Dritten ein Mittel, den Proceß zu gewinnen, zu Gebote stehe, welches sie selbst nicht gebrauchen konnte, — und demselben dessen ungeachtet von dem Streite keine Nachricht gab.

arg. Fr. 10. §. 11 und 12. Fr. 29. pr. D. 17. 1.

Da jedoch mehrere Proceßlehrer die Litisdenunciation auch in gewöhnlichen Entschädigungsfällen für nothwendig erklären (s. oben), so ist es am klügsten, sie auch in Fällen dieser Art nicht zu unterlassen.

Veränderung der streitenden Theile.

1) Durch *nominatio (laudatio) auctoris.*

§. 48.

Die laudatio auctoris, ein Ausdruck, welcher übrigens im Röm. Rechte auch einmal für die Streitverkündigung gebraucht wird (Fr. 63. §. 1. D. 21. 2.), ist ein eigenthümliches Schutzmittel für Den, welcher eine Sache alieno nomine besitzt, und in Ansehung derselben mit einer in rem actio belangt wird. Nach Fr. 9. D. 6. 1. findet nämlich zwar eine vindicatio gegen jeden, auch gegen einen bloßen Naturalbesitzer statt. Wahr=

scheinlich wegen der vielfachen Inconvenienzen, womit die Durchführung eines solchen Processes für einen Besitzer in fremdem Namen verbunden ist, — wurde jedoch in der c. 2. C. 3. 19. (welche auch in das canonische Recht überging c. 5. X. 2. 6.) verordnet, daß der Beklagte in diesem Falle nur sogleich Denjenigen namhaft machen soll, in dessen Namen er besitzt. — In Folge Dessen soll der benannte Auctor alsbald durch das Gericht von der Sache in Kenntniß gesetzt, und eine Frist bestimmt werden, innerhalb welcher er erscheinen, und die Klage selbst aufnehmen soll. Nach dem fruchtlosen Verlaufe dieser Frist aber soll der Nominirte förmlich geladen, und falls er wieder ausbliebe, die Sache summarisch untersucht, sofort dem Kläger der Besitz zuerkannt, und dem abwesenden nominatus nur das Petitorium vorbehalten werden.

Demgemäß dient die nom. auct. dem Beklagten dazu, sich gänzlich aus dem Streite zu ziehen, und die Sache auf den Auctor allein hinüberzuwälzen; — und dadurch unterscheidet sie sich wesentlich von der litis denunciatio.

Die speciellen Voraussetzungen sind übrigens dabei folgende:

1) Von der nom. auct. kann nur Der Gebrauch machen, welcher alieno nom. besitzt; — dieser aber selbst dann, wenn ihm auch ausnahmsweise die possessorischen Interdicte eingeräumt wären, z. B. der Faustpfandgläubiger.

2) Die nom. muß sogleich am Anfange des Processes, — noch vor der Einlassung geschehen.

3) Obgleich das Gesetz nur von Klagen über unbewegliche Sachen spricht, so dürfte doch wegen der Gleich-

heit des Grundes die Ausdehnung auf bewegliche Sachen zu rechtfertigen seyn.

4) Die Klage muß eine actio in rem seyn. Einige Rechtslehrer wollen zwar der nom. auct. auch bei persönlichen Klagen Anwendbarkeit zugestanden wissen;

v. Gönner, Hdb. I. Abh. 16.

Linde, Lehrb. §. 117.

Allein, wenn sich gleich nicht läugnen läßt, daß der Beklagte auch bei solchen Klagen Denjenigen namhaft machen könne und dürfe, in dessen Namen, oder auf dessen Geheiß er die obligirende Handlung vorgenommen hat, so kann man doch a) das in der c. 2. C. cit. angeordnete Ungehorsamsverfahren hier nicht anwenden; und b) wird beinahe in allen Fällen dieser Art die nom. auct. entweder überflüssig oder ohne Erfolg seyn. — Denn, wenn aa) ex contractu geklagt wird, so kommt es darauf an, ob der Beklagte schon bei der Eingehung des Vertrages erklärt hatte, daß er im Namen eines Anderen contrahire, oder ob er sich damals die Miene gab, als handle er für sich selbst. — In dem ersten Falle ist die nomin. auct. insofern überflüssig, weil der Kläger den Auctor hier schon aus der früheren Erklärung des Beklagten kennt. — In dem zweiten Falle hingegen ist der Kläger gar nicht schuldig, auf den jetzt erst nominirten Auctor Rücksicht zu nehmen, weil er das Recht hat, sich an die Person des unmittelbaren Contrahenten zu halten, — und vielleicht gar nicht contrahirt haben würde, wenn er gewußt hätte, daß jener Dritte obligirt werden sollte.

Fr. ult. D. 14. 3.

bb) Bei Klagen aus eigentlichen Delicten gewährt aber die nom auct. ebenfalls keinen Vortheil, weil Der, welcher auf Geheiß eines Andern ein Delict begeht, eben

sowohl obligirt ist, wie Der, auf dessen Geheiß er es begangen hat.

Fr. 1. §. 13 u. 14. D. 43. 16.

Eine Ausnahme scheint zwar stattzufinden, wenn Jemand auf fremden Befehl eine Handlung vorgenommen hatte, welche an sich nicht als ein Delict erscheint, — aber doch von einem Dritten als eine Störung seines Besitzes, oder als Beeinträchtigung seines Rechtes angesehen wird.

Fr. 5. §. 8—13. D. Quod vi aut clam. 43. 24.
Langenn und Kori Erört. prakt. Rechtsfr. Dresd. 1829. Abh. XIII. S. 121 flg.

Allein, wenn in einem solchen Falle der Beklagte sich durch Berufung auf Denjenigen zu schützen sucht, auf dessen Geheiß er gehandelt hat, so kann doch gewiß das in c. 2. C. 3. 19. angeordnete Verfahren nicht angewandt werden, sondern das Vorbringen des Beklagten ist wie eine Einrede zu behandeln.

Flach in der Zeitschr. v. Linde, Bd. XVII. Hft. 1. S. 144 flg.

Die proceßrechtliche Natur der nominatio auctoris ist Gegenstand einer Controverse geworden, indem Einige dieses Schutzmittel für eine Einrede,

Lauterbach, Dissert. ac. Tom. 3. Disp. 106.
Linde, Abh. I. Abh. 4.

Andere für einen Theil der Klagebeantwortung (negative Contestation) erklärten.

Mittermaier, im Arch. Bd. III. S. 399 flg.
Vgl. noch Gensler, im Arch. Bd. III. Abh. 25.

Daß sich die letztere Ansicht nicht halten läßt, wenn man Ulpians Ausspruch, daß auch ein Besitzer in fremdem Namen der rechte Beklagte gegenüber der

rei vindicatio sey, neben der c. 2. C. 3. 19. noch als geltend anerkennt, — ist wohl nicht zu bezweifeln. Aber selbst dann, wenn man annimmt, daß Constantin in der c. 2. wieder zu der von Ulpian mißbilligten Meinung des Pegasus zurückkehrte, entspricht der Inhalt der nom. auct. dem Begriffe einer bloß negativen Antwort keineswegs.

Georg Ad. Wirsing, über das Wesen der nom. auct. Würzburg 1848. S. 43 flg.

Passender ist dafür der Begriff einer Einrede. Jedoch findet auch hiebei die Eigenthümlichkeit statt, daß der Beklagte von dem Beweise dieser Einrede frei ist.

Flach, a. a. O. S. 150 flg.
Wirsing, a. a. O. S. 47 flg.

2) Reassumtion des Processes.

§. 49.

Unter Reassumtion des Processes versteht man die Erklärung des Nachfolgers einer Partei, den Streit da fortsetzen zu wollen, wo ihn diese gelassen hatte. Sie kann ausdrücklich und stillschweigend geschehen, und kommt vor, wenn a) eine Partei vor vollendetem Processe stirbt und Erben hinterläßt, oder wenn b) das Streitobject durch Singularsuccession noch während des Processes in fremden Besitz übergeht; — ein Fall, welcher sich zwar wegen der gesetzlichen Unveräußerlichkeit einer res litigiosa nicht oft, aber doch in den Fällen ereignen kann, in welchen jenes Veräußerungs-Verbot cessirt.

Die Grundsätze, welche hinsichtlich der Nothwendigkeit der Reassumtion heutzutage befolgt werden, stimmen mit den Grundsätzen des Röm. Rechts nicht mehr überein.

Nach Röm. Rechte kam es im Falle des Todes einer Partei darauf an, ob dieselbe den Streit in eige-

ner Person geführt, oder hiezu einen Procurator bestellt hatte. In dem letzten Falle äußerte der Tod der Partei auf den Fortgang des Processes gar keinen Einfluß, sondern dieser wurde gegen den Procurator, als dominus litis fortgesetzt, und auch das Urtheil wurde auf den Namen des Procurators gestellt.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 161.

In dem ersten Falle hingegen fand eine translatio judicii auf die Erben statt, welche übrigens den Streit in der Lage übernehmen mußten, in welcher er sich tempore mortis befand.

Fr. 8. §. 1. D. 27. 7.

Vgl. Fr. 31. 57. D. 5. 1.

c. 22. §. 7. 11. C. 6. 30.

c. 6. C. 7. 66.

Ein Urtheil, auf den Namen des Verstorbenen gestellt, würde ungültig gewesen seyn.

Fr. 74. §. 2. D. 5. 1.

Fr. 2. D. 49. 8.

Die Form des Verfahrens bei der transl. jud. ist übrigens nicht mehr näher bekannt.

Vgl. überhaupt: Bethmann-Hollweg, a. a. O. S. 312.

Heffter, Instit. S. 539 flg.

Heutzutage wird aber nach dem Tode einer Partei die Reassumtion des Processes von Seite der Erben immer für nothwendig gehalten, ohne Rücksicht darauf, ob der Verstorbene den Streit in eigener Person geführt, oder zu diesem Zwecke einen Stellvertreter ernannt hatte; weil in dieser Beziehung die Röm. Ansicht von dem s. g. dominium litis der Procuratoren in Deutschland keinen Eingang gefunden hat.

R. A. v. 1556. §. 88.

Nur in zwei Fällen ist den Reichsgesetzen zufolge die Reassumtion des Processes unnöthig. Wenn nämlich

1) eine mit einem Procurator versehene Partei erst nach dem Beschlusse der Sache stirbt, so darf das Endurtheil ohne weiters auf den Namen des Procurators gestellt werden.

R. D. A. von 1600. §. 73.

Wenn aber

2) die dem Procurator ausgestellte Vollmacht die clausula heredum enthält, so kann das Verfahren auch in dem Falle, wenn der Principal schon vor dem Beschlusse der Sache gestorben war, gegen den Procurator fortgesetzt werden.

J. R. A. §. 99.

In dem Falle einer rechtsgültigen Singularsuccession ist aber die Reassumtion jedesmal nothwendig, selbst dann, wenn der Procurator des Vorgängers mit einer die claus. hered. enthaltenden Vollmacht versehen ist, weil sich diese Clausel schon ihrem Wortlaute nach nur auf Universalsuccessoren (Erben) allein bezieht. Bei einer Singularsuccession *inter vivos* kann jedoch auch die bisherige Partei den von ihr begonnenen Rechtsstreit mit Zustimmung oder Assistenz des Successors fortsetzen.

Wird übrigens die Reassumtion da, wo sie nothwendig ist, von dem Nachfolger freiwillig vorgenommen, (was nach dem Ausscheiden des Klägers gewöhnlich geschieht), so hat es dabei sein Bewenden. Nur muß sich der Reassument gehörig zur Sache legitimiren. Meldet sich aber der Successor nicht freiwillig, so kann die Gegenpartei unter Namhaftmachung desselben darauf antragen, daß er gerichtlich zur Abgabe seiner Erklärung aufgefordert werde (citatio ad reass. lit.). Diese Aufforderung wird sodann wirklich unter Anberaumung

einer angemessenen Frist, und mit dem Bemerken erlassen, daß im Falle des Ungehorsams der Proceß als reassumirt erachtet werden würde. Sollte der Aufgeforderte in Abrede stellen, daß er der Nachfolger der ausgeschiedenen Partei sey, so hat der anrufende Gegner den nöthigen Beweis hierüber zu liefern (passive Legitimation zur Sache).

Endlich ist noch zu bemerken, daß der Reassument den Proceß in der Lage aufnehmen muß, in welcher er ihn zur Zeit seines Eintrittes findet.

Fr. 8. §. 1. D. 27. 7.

So lange jedoch eine dem Erben bewilligte Deliberationsfrist noch im Laufe begriffen ist, kann derselbe zur Reassumtion eines von seinem Erblasser begonnenen Processes nicht gezwungen werden;

c. 22. §. 11. C. 6. 30.

und wenn eine Partei während des Laufes einer Nothfrist stirbt, so wird dem Erben nicht bloß der Rest dieser Frist, sondern außerdem auch noch ein weiterer Zeitraum von vier Monaten zur Vornahme der betreffenden Handlung eingeräumt.

c. 6. C. 7, 66.

Von dem Gerichte.

§. 50.

Die dritte Hauptperson bei der Schlichtung eines bürgerlichen Rechtsstreites ist das Gericht, d. h. ein Inbegriff von Personen, welche dazu berufen sind, den Streit zu entscheiden, und die Entscheidung auf geeignete Art vorzubereiten. — Sind diese Personen zur Ausübung jener Functionen von dem Inhaber der höchsten Staats-

gewalt autorisirt, so ist das Gericht ein öffentliches; leiten sie aber ihre Ermächtigung hiezu bloß von dem Willen der streitenden Theile ab, so nennt man das Gericht ein Schiedsgericht. Von der Wahl, den Rechten und Verbindlichkeiten eines Schiedsrichters (arbiter) wird gewöhnlich in den Vorträgen über das Civilrecht gehandelt;

Dig. L. IV. T. 8.
Cod. L. II. T. 56.
L. I. X. T. 43.
L. I. in 6. T. 22.
C. L. Goldschmidt, Abhandl. aus dem gem. deutschen Civilpr. Frankfurt a. M. 1818. Abh. XII.
Glück, Comm. VI. S. 65 flg.
J. Fr. L. Göschen, Vorl. über das gem. Civilrecht. Bd. III. S. 468 flg.

hier ist also nur von den öffentlichen Gerichten zu handeln.

Erfordernisse des Gerichts.

§. 51.

Die Erfordernisse des Gerichts sind theils absolute, theils relative, je nachdem sie vorhanden seyn müssen, um überhaupt in irgend einer Sache gerichtliche Functionen mit rechtlichem Bestande ausüben zu können, oder nur die rechtsgültige Ausübung dieser Functionen in einem bestimmten einzelnen Falle bedingen.

In die erste Classe gehört

a) die persönliche Befähigung zu dem Amte;

b) die wirkliche Anstellung nach den Vorschriften der bestehenden Verfassung (Verleihung der Gerichtsbarkeit);

c) die Besetzung des Gerichtes mit der gehörigen Anzahl von Personen, und

d) die Leistung des vorgeschriebenen Amtseides.

Die speciellen Bestimmungen über diese Erfordernisse in den Gesetzen der einzelnen deutschen Staaten weichen zwar in manchen Punkten von einander ab. Die Grundlage derselben bildet aber noch immer das gemeine Recht.

Zu a.

Persönliche Fähigkeit.

§. 52.

Unfähig zum Richteramte sind nach gemeinem Rechte folgende Personen:

1) Schon nach Röm. Rechte servi und Personen weiblichen Geschlechts, welche durch die Sitte überhaupt von bürgerlichen Amts-Verrichtungen ausgeschlossen waren.

Fr. 12. §. 2. D. 5. 1.

Fr. 2. pr. D. 50. 17.

2) Personen, welche noch nicht ein gewisses Alter erreicht hatten. — Großjährigkeit war zwar nach Röm. Rechte in keinem Falle nothwendig, weder zur Ausübung einer Magistratur, noch zur Ausübung des Richteramtes.

Fr. 57. D. 42. 1.

Vgl. Fr. 3. D. 1. 14.

Aber vor dem 20sten Jahre sollte doch Niemand auf das album judicum gesetzt werden,

Fr. 41. D. 4. 8.

Vgl. Puchta, Instit. Bd. II. S. 37. Note 5 und S. 39. Note y.

Keller, Röm. Civilproc. I. S. 48.

und, — wenn Dieses doch geschehen war, — der Richter aber noch nicht einmal das 18te Jahr zurückgelegt

hatte, so war das Urtheil ungültig, ausgenommen, die Parteien hätten Dieses gewußt und doch auf ihn eingewilliget.

Fr. 57. D. 42. 1.

Ein Unmündiger im gewöhnlichen Sinne war aber absolut unfähig, das officium judicis auszuüben.

Fr. 12. §. 2. D. 5. 1.

Fr. 2. §. 1. D. 50. 17.

Das canonische Recht schließt sich dem Römischen insofern an, als es vorschreibt, daß Niemand vor dem zurückgelegten 20sten Jahre gültig als Richter delegirt werden könne, ausgenommen mit Einwilligung der streitenden Theile (vorausgesetzt, daß der Delegirte wenigstens das 18te Jahr überschritten habe), oder durch den Regenten.

c. 41. X. 1. 29.

3) Taube, Stumme und Wahnsinnige.

Fr. 12. §. 2. D. 5. 1.

Fr. 46. D. eod.

Die Existenz des Wahnsinnes zur Zeit der Bestellung des Richters hat jedoch keineswegs die Folge, daß auch solche Amtshandlungen, welche er nach seiner Genesung vorgenommen hat, als ungültig angefochten werden könnten.

Fr. 39. D. 5. 1.

4) Bezüglich der Blinden unterschied das ältere Römische Recht zwischen der Magistratur und dem Amte eines judex. Die Bewerbung eines Blinden um eine Magistratur war für unstatthaft erklärt. Trat aber die Blindheit erst nach Erlangung der obrigkeitlichen Würde ein, so gieng die Würde dadurch nicht verloren.

Fr. 1. §. 3. D. 3. 1.

In Ansehung des offic. judicis wurde aber durch

Blindheit weder die Uebernahme noch die fortgesetzte Ausübung des Amtes verhindert.

Fr. 6. D. 5. 1.

Fr. 1. §. 5. D. 3. 1.

Ein innerer Grund für diese Unterscheidungen wird zwar nicht angegeben. Höchst wahrscheinlich hing aber wenigstens die Bestimmung in Ansehung des judex theils mit der mündlichen Form des Verfahrens, theils mit dem ausgedehnten Recusationsrechte der Parteien zusammen.

Die heutige Anwendbarkeit dieser Vorschriften des Römischen Rechtes ist bestritten.

Einige halten die Blindheit wegen der schriftlichen Form unseres Verfahrens, welche nicht bloß die Vorträge der Parteien, sondern auch die Verfügungen und Beschlüsse des Richters beherrscht, für ein absolutes Hinderniß der Ausübung des Richteramtes.

v. Grolman, Theorie d. ger. Verf. 4te Aufl. §. 30.

Andere hingegen wollen die Bestimmungen des Röm. Rechtes, soweit sich dieselben auf die Magistratur beziehen, für unser Richteramt geltend machen, weil im neueren Röm. Rechte der judex eine obrigkeitliche Stellung erhalten habe, und die Vorschrift des älteren Rechtes bezüglich der Magistratur durch kein neueres Gesetz aufgehoben, vielmehr mit Rücksicht auf die dazumal schon theilweise eingetretene Nothwendigkeit des Gebrauches der Schrift verordnet worden sey, daß sich wenigstens höhere Justizbeamte (illustres) in dieser Beziehung der Beihülfe eines Untergeordneten bedienen durften.

c. 2. C. 7. 44.

Vgl. Schmid, Handb. Thl. I. §. 25.

Mit Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit des jetzigen gerichtlichen Verfahrens dürften hierüber folgende Grundsätze zu beobachten seyn:

a) Daß ein Blinder nicht als Richter angestellt werden soll, ist keinem Zweifel unterworfen, und entspricht auch dem Röm. Rechte, insofern heutzutage das Richteramt einen obrigkeitlichen Charakter an sich trägt. Geschähe es dennoch, so könnten die Parteien von der Einrede der Unfähigkeit Gebrauch machen.

b) Im Falle einer erst während der Amtsführung eintretenden vollständigen Erblindung ist aber zu unterscheiden zwischen einem Einzelrichter und einem Mitgliede eines Collegialgerichts. Der Einzelrichter wird durch diesen Unfall zur Ausübung seiner Function wenigstens im schriftlichen Verfahren physisch unfähig, weil er die bei Urtheilen und Decreten wesentlich nothwendige Form der eigenhändigen Unterschrift nicht mehr beobachten, die Vollziehung derselben aber auch, als alleinstehend, keinem Nebenrichter übertragen kann. — Ein Mitglied eines Collegiums hingegen wird zwar durch Erblindung keineswegs unfähig die Function des Votirens auszuüben. Allein die Erstattung eigener Vorträge aus schriftlichen Acten soll demselben nicht anvertraut werden, indem die in diesem Falle nöthige Aushülfe durch Vorlesenlassen und Dictiren nicht vollkommene Sicherheit gewährt.

5) Nach gemeinem Rechte sind von dem Richteramte auch alle diejenigen ausgeschlossen, welche sich nicht zur christlichen Religion bekennen.

Auth. credentes etc. C. 1. 5.

Die Verschiedenheit der reichsgesetzlich anerkannten christlichen Religionsparteien

R. A. v. 1555. §. 106.

I. P. O. Art. VII. §. 1.

Vgl. C. G. O. v. 1555. Thl. I. Tit. 3. §. 3.

Vis. Absch. v. 1713. §. 7.

begründet jedoch jetzt kein Ausschließungsrecht.

D. B. A. Art. XVI.

6) Ehrlose, und Personen von schlechtem Ruf und Wandel.

Fr. 12. §. 2. D. 5. 1.

Fr. 2. D. 1. 9.

Keller, Röm. Civilpr. I. S. 48.

c. un. C. 10. 57.

c. 2. C. 12. 1.

Schwäb. Landrechtsb. (Ausg. v. Gengler, Erlangen 1851) Cap. 71. §. 2.

Vgl. C. G. O. v. 1555. Thl. I. Tit. 3. §. 1 und 2.

Indessen ist übler Ruf nur ein Hinderniß der Anstellung, oder ein Motiv der Entsetzung vom Richteramte, nicht aber an sich schon ein Ungültigkeitsgrund in Ansehung der von dem Richter während seiner Amtsführung vorgenommenen Handlungen.

7) Personen, welchen die nöthigen Rechtskenntnisse mangeln.

Nov. 82.

C. G. O. Thl. I. Tit. 3. §. 1 und 2.

J. R. A. §. 108.

Die formellen Bedingungen rücksichtlich dieses Erfordernisses (Universitätsstudien, Prüfungen, Rechtspraxis) hängen gegenwärtig von der Verfassung und von den Particulargesetzen der einzelnen deutschen Staaten ab.

Diese gemeinrechtlichen Vorschriften über die Unfähigkeit zum Richteramte sind übrigens, — insoweit die

inneren Gründe derselben auch auf die Function des Gerichtsschreibers passen, auch auf diesen anwendbar.

Zu b.

Wirkliche Anstellung (Verleihung der Gerichtsbarkeit).

§. 53.

Die Gerichtsbarkeit in Privatrechtsangelegenheiten ist, wie jede Art der weltlichen Gerichtsbarkeit, ein Bestandtheil der höchsten Staatsgewalt, und steht daher dem Inhaber der letzteren, in monarchischen Staaten also dem Monarchen zu. Die unmittelbare Selbstausübung dieses Rechtes durch das Staatsoberhaupt in allen einzelnen Fällen, ohne Beihülfe Anderer, ist nun zwar — theils wegen des häufigen Vorkommens dieser Fälle, theils wegen der speciellen Vorbildung, welche in höher cultivirten Staaten zur Ausübung des Richteramtes erfordert wird, nicht möglich. Allein der allgemeine staatsrechtliche Grundsatz, daß das Staatsoberhaupt der Inhaber und Mittelpunkt aller Gerichtsbarkeit ist, äußert seine praktische Bedeutung doch immer in der Art, daß auch die Civiljurisdiction nur von solchen Personen mit voller rechtlicher Wirkung ausgeübt werden kann, welchen sie in der gehörigen, — d. h. der Verfassung des betreffenden Staates entsprechenden Form von dem Staatsoberhaupte verliehen worden ist; oder, m. a. W., welche förmlich zur Ausübung des Richteramtes angestellt sind. — Das Institut der Schiedsrichter kann nicht als eine Ausnahme von diesem Grundsatz angeführt werden, weil dem Schiedsrichter die Vollzugsgewalt fehlt, welche auch einen wesentlichen Bestandtheil der Civilgerichtsbarkeit bildet. — Selbst die Patrimonialgerichts=

barkeit erscheint gegenwärtig nicht mehr als eine absolute Ausnahme von jener Regel, weil sie nach den Grundsätzen des modernen Staatsrechtes nur nach vorgängiger Bestätigung der von dem Gerichtsherrn ernannten Beamten von Seite der Staatsgewalt, und nur unter Aufsicht der letzteren ausgeübt werden soll.

Heffter, System des Civilpr. §. 31 bis 36.

Desselben Abh. im Arch. für civ. Prax. XIII. 48 flg.

Ueber die auf germanischem Rechte beruhende s. g. Patrimonial- oder Erbgerichtsbarkeit s. Glück, Commentar Bd. III. S. 74 bis 92, und die dorts. Angeführten; dann Dr. Heinr. Wirschinger, Darstellung der Entstehung und Ausbildung der Patrimonialgerichtsbarkeit in Bayern. München 1837.

Von der kirchlichen oder geistlichen Gerichtsbarkeit (nicht zu verwechseln mit der bloß schiedsrichterlichen Function kirchlicher Behörden), deren Unabhängigkeit im deutschen Reichsstaatsrechte innerhalb gewisser Gränzen fortwährend anerkannt war, ist hier aus dem Grunde nicht der Ort zu handeln, weil sich dieselbe auf bloß weltliche und bürgerliche Streitsachen, welche allein den Gegenstand des Civilprocesses bilden, — zumal nach den neueren Verfassungen und Concordaten nicht mehr bezieht. — Zu vergl. ist übrigens darüber: Glück, Comm. Bd. III. S. 128 bis 161. — Ferd. Walter, Lehrb. des Kirchenr. 8te Aufl. §. 176 und 177. — Heffter, Syst. §. 52. Nr. 1. — Dr. Mich. Permaneder, Hdb. des gem. kathol. Kirchenrechts. Landshut 1846. Bd. II. §. 530.

Von der Civilgerichtsbarkeit insbesondere.

Inhalt und Umfang.

§. 54.

Gegenstand der Civilgerichtsbarkeit können bestrittene und unbestrittene Privatrechtsverhältnisse seyn. Hiernach unterscheidet man auch zweierlei Arten dieser Gerichtsbarkeit, nämlich die s. g. streitige (jurisd. *contentiosa*) und die freiwillige (j. *voluntaria*). — Die erstere besteht gegenwärtig regelmäßig in der Befugniß, einen Privatrechtsstreit zu leiten, — ihn zu entscheiden, und nöthigen Falles auch das Urtheil durch geeignete Zwangsmittel zu vollziehen. — Im Wesentlichen dieselben Befugnisse lagen auch schon in der jurisdictio des neueren Römischen Rechtes. Anders verhielt sich jedoch die Sache nach dem älteren Rechte. Diesem zufolge mußten nämlich an der Schlichtung eines bürgerlichen Rechtsstreites regelmäßig zwei Personen theilnehmen, — eine Obrigkeit (magistratus), und ein Richter aus dem Volke (judex). Als Acte der *jurisdictio* (*contentiosa*) wurden jedoch hiebei nur die Functionen bezeichnet, welche die Obrigkeit vorzunehmen hatte; und diese bestanden darin, die Statthaftigkeit der gestellten Anträge (der actio, der dagegen vorgebrachten exceptiones u. s. w.) in rechtlicher Beziehung zu prüfen, und nach Befund der Sache dieselben entweder zuzulassen oder zurückzuweisen; — nach dem wechselseitigen Vorbringen der Parteien den Streitpunkt festzustellen, und sodann einen judex zur weiteren Verhandlung und Entscheidung der Sache nach Maßgabe einer ihm ertheilten Instruction (formula) zu ernennen.

Fr. 1 in f. Fr. 3 in f. Fr. 13. D. 2. 1. Fr. 12. §. 1 D. 5. 1.

G. F. Puchta, Institut. II. Bd. CL. S. 7. u. 8.
F. Walter, Gesch. des Röm. Rechts. Bonn 1840. S. 715.

Die Aufnahme und Prüfung der Beweise, sowie die Fällung des Urtheils (der sententia) gehörte demnach nicht zu den Functionen des jus dicens, sondern des judex. Nur in gewissen Fällen wurde die Sache von der Obrigkeit allein, ohne Bestellung eines judex, untersucht und erlediget, und in diesen Fällen sprach man von einer extraordinaria cognitio im Gegensatze zu dem ordo judiciorum privatorum.

Die Befugniß, das Urtheil zu vollziehen, stand zwar der Obrigkeit zu, war aber eigentlich nicht ein Bestandtheil der jurisdictio, sondern ein Ausfluß des imperium. Weil jedoch die jurisdictio ohne alle Zwangs- und Strafgewalt nicht mit Erfolg ausgeübt werden konnte, so bildete diese Gewalt, so weit sie zu dem gedachten Zwecke nothwendig war, ein regelmäßiges Attribut der jurisdictio, und kommt daher im Gegensatze zu dem *merum* imperium (potestas gladii) unter der Benennung „imperium mixtum" vor.

Fr. 3. §. 1. D. 1. 21.
Fr. 1. §. 1. in fin. ibid.
Fr. 2 u. 3. D. 2. 1.
Puchta a. a. O. S. 11. Nr. 2.

In der späteren Kaiserzeit, namentlich nach den Kaisern Diocletian und Maximinian, ging jedoch die alte Einrichtung, gemäß welcher das Streitverfahren in zwei Abschnitte (jus und judicium) zerfiel, allmählig unter, indem es den Obrigkeiten gestattet wurde, alle Rechtshändel ohne Zuziehung eines judex selbst abzumachen.

c. 2. C. 3. 3.

Seitdem auf solche Art alle judicia extraordinaria geworden waren, erhielt auch der Begriff der jurisdictio einen weiteren Umfang, — selbst mit Ausdehnung auf die Criminalrechtspflege,

c. 2. C. 12. 47.

welche auch im Mittelalter beibehalten wurde, und zu der Eintheilung der Gerichtsbarkeit in hohe und niedere Veranlassung gab.

Glück, Comm. III. S. 116.

Freiwillige Gerichtsbarkeit (Jurisd. voluntaria).

Nach dem jetzigen Rechte.

§. 55.

Unter dem Ausdrucke „jurisdictio voluntaria" werden heutzutage sehr viele und verschiedenartige gerichtliche Geschäfte zusammengefaßt, bei welchen zwar auch nach Römischem Rechte eine Mitwirkung der Obrigkeit vorkommen konnte, oder vorkommen mußte, welche aber gleichwohl nicht alle als Acte jener jurisdictio bezeichnet wurden. Wir verstehen nämlich unter freiwilliger Gerichtsbarkeit überhaupt die Befugniß der Gerichte, auch bei solchen Rechtsgeschäften mitzuwirken, bei welchen unter den betheiligten Personen kein Streit obwaltet. — Die Art der Mitwirkung besteht zuweilen bloß in der urkundlichen Beglaubigung des Geschäftes, zuweilen aber auch darin, daß das Gericht dem Geschäfte mit oder ohne vorgängige Cognition der in Frage kommenden Verhältnisse die obrigkeitliche Genehmigung ertheilt. — Nothwendig ist diese Mitwirkung nur in denjenigen Fällen, in welchen die Gültigkeit des Geschäftes durch

Es gab früher päpstl. u. kaiserl. Notare, caesarei u. apostolici

die Beobachtung dieser Form bedingt ist. Die Aufzählung dieser Fälle gehört aber nicht hieher, sondern in das Civilrecht. — Ohne besondere Aufforderung wird auch diese Art von Gerichtsbarkeit ebenso wenig als die streitige Gerichtsbarkeit ausgeübt, wenn nicht die Mitwirkung der Obrigkeit aus Rücksichten auf das öffentliche Wohl angeordnet ist. — Nach gemeinem Rechte ist übrigens die freiwillige Gerichtsbarkeit regelmäßig mit der streitigen vereinigt, d. h. wer überhaupt Gerichtsbarkeit besitzt, ist auch zur Vornahme der Handlungen berechtigt, welche in das Gebiet der jurisd. voluntaria gehören. In vielen Fällen, namentlich in solchen, wo es bloß auf urkundliche Beglaubigung ankommt, concurriren jedoch mit den Gerichten auch die öffentlichen Notare, so daß die Betheiligten die Wahl haben, sich entweder an das Gericht, oder an einen Notar zu wenden. — Die gewöhnlichen Grundsätze über die Competenz der Gerichte werden im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit dann nicht für bindend erachtet, wenn das in Frage stehende Geschäft auch ohne alle gerichtliche Mitwirkung gültig abgeschlossen werden könnte.

Vgl. über das Ganze:

Glück, Comm. Bd. III. S. 92—112.

Dr. Ferd. Oesterley, Versuche aus dem Gebiete der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit. Hannover 1830; — und das deutsche Notariat von demselben Verfasser. 2 Theile. Hannover 1842 und 1845.

Zweckmäßige Anleitung zur Behandlung der Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit findet man in Dr. W. H. Puchta, Handb. des gerichtlichen Verfahrens in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 2 Thle. 2te Aufl. Erlangen 1831, und in

Dr. Friedr. Schnaubert, Hülfsbuch für die jurist. Praxis. 1ster Theil. Jena 1853.

Nach Röm. Rechte.

§. 56.

Beinahe alle Befugnisse, welche nach unserer gegenwärtigen Vorstellungsweise den Inhalt der voluntaria jurisdictio bilden, standen zwar schon den Römischen Obrigkeiten, wenigstens den höheren zu, und zwar nicht etwa erst zur Zeit Justinians, sondern schon zur Zeit der Pandekten-Schriftsteller. Als Functionen der voluntaria jurisdictio werden jedoch im Fr. 2. D. 1. 16. nur drei genannt, nämlich die Entlassung eines Kindes aus der väterlichen Gewalt, die manumissio eines servus (durch vindicta) und die Adoption. Die übrigen Befugnisse, welche wir ebenfalls als Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrachten, z. B. das Recht der Bestellung eines Tutors, die Erlaubniß zur Veräußerung von Grundstücken durch die Vormünder, die Gestattung eines Vergleiches über Alimente u. dgl., sowie das jus conficiendorum actorum wurden zu keiner Zeit als Ausflüsse der jurisdictio angesehen, sondern bildeten selbständige Rechte, welche gewissen Magistraten durch besondere Gesetze, und nicht alle auf einmal, sondern erst nach und nach im Laufe der Zeiten verliehen worden waren.

Puchta, Instit. S. 13. Nr. 3.

Die Beschränkung des Ausdruckes „jurisdictio“ auf die obengenannten drei Geschäfte erklärt sich übrigens vollkommen dadurch, weil nur bei diesen Geschäften die Form eines Rechtsstreites vor dem Magistrate und ein Ausspruch des letzteren — ein jus dicere vorkam.

Puchta a. a. O. S. 10. Nr. 1.
Oesterley, Versuche u. s. w. S. 89 flg.
Vgl. Keller, der Röm. Civilproceß. I. Abth. S. 8. 12. 39 und 98.

Uebertragung der Gerichtsbarkeit.

1) Durch Delegation (Commission.)

§. 57.

Bereits früher (§. 53) ist bemerkt worden, daß die Gerichtsbarkeit nach den Grundsätzen des neueren Staatsrechtes zwar dem Inhaber der höchsten Staatsgewalt zusteht, daß jedoch die Ausübung dieses Rechtes andern hiezu befähigten Personen übertragen wird. Diese Uebertragung kann nun auf doppelte Art geschehen, entweder überhaupt für alle Fälle einer gewissen Art, welche in einem bestimmten Bezirke vorkommen, oder nur in Bezug auf einzelne, individuell bezeichnete Fälle. In dem ersten Falle nennt man die Gerichtsbarkeit die ordentliche; in dem zweiten eine außerordentliche oder delegirte. Für einen delegirten Richter wird auch der Ausdruck „Commissär" gebraucht.

Bei der Entwicklung der Lehre von den gerichtlichen Commissionen können übrigens die hierüber im Römischen und im canonischen Rechte, sowie in den deutschen Reichsgesetzen vorkommenden Bestimmungen wegen der veränderten Gerichtsverfassung nicht mehr unbedingt zur Richtschnur genommen, sondern es müssen hiebei auch die Grundsätze des neueren Staatsrechtes berücksichtiget werden. Diesem gemäß gelangt man aber zu folgender Auffassung und Beurtheilung der Delegation:

I. Das Recht, für einen bestimmten Fall einen Commissär zu ernennen, steht, wie das Recht einen ordentlichen Richter anzustellen, nur dem Staatsoberhaupte zu. — Indessen ist doch in manchen deutschen Staaten die Delegationsbefugniß, wenigstens für gewisse häufiger vorkommende Fälle, ein für allemal bestimmten höheren Justizstellen überlassen.

II. Die Anordnung einer Specialcommission soll nicht nach bloßer Willkür des zur Delegation Berechtigten, sondern nur auf den gemeinschaftlichen Antrag beider Parteien, oder zur Aushülfe in Nothfällen stattfinden. Solche Nothfälle sind aber folgende: a) wenn für den zu entscheidenden Fall zur Zeit ein ordentliches Gericht nicht vorhanden ist; b) wenn über den Besitzstand hinsichtlich der ordentlichen Jurisdiction in der betreffenden Sache zwischen zwei Behörden ein Streit obwaltet, welcher noch nicht entschieden ist; c) wenn das ordentliche zuständige Gericht durch factische oder rechtliche Gründe verhindert ist, in der vorliegenden Sache die Rechtspflege auszuüben; und d) wenn das ordentliche Gericht sich beharrlich weigert, die Rechtshülfe zu leisten.

In früheren Zeiten, — insbesondere so lange es noch hie und da an gehörig besetzten ordentlichen Gerichten fehlte, wurde zwar unter Bezugnahme auf die Vorschriften des Römischen und vorzüglich des canonischen Rechtes die Anordnung einer Commission dem Ermessen des Landesherrn überlassen.

Seitdem aber die Gerichtsverfassung in Deutschland allenthalben so bestellt ist, daß in der Regel wenigstens für jede Streitsache ein ordentliches Gericht gefunden werden kann, hat sich der staatsrechtliche Grund-

satz geltend gemacht, daß Niemand ohne Noth seinem ordentlichen Richter entzogen werden soll. (S. oben S. 16).

III. Der Delegirte oder Commissär ist nicht als Repräsentant des Delegirenden zu betrachten, sondern bildet eine eigene, selbständige Instanz, weil er in dem gegebenen Falle das ordentliche Gericht ersetzt. Wenn daher die Delegationsbefugniß einem Obergerichte überlassen ist, so kann gegen das Urtheil des Delegirten auch an das delegirende Obergericht appellirt werden.

IV. Die Auswahl des Commissärs ist zwar dem Committenten überlassen, indessen soll doch Niemand als solcher bestellt werden, der nicht die gesetzliche Qualification zum Richteramte besitzt; und wenn das verhinderte ordentliche Gericht eine collegiale Verfassung hat, so soll auch ein Collegialgericht delegirt werden.

V. Jeder Commissär ist verpflichtet, sich den Parteien gegenüber auf Verlangen zur Sache zu legitimiren, und die Gränzen des ihm ertheilten Auftrages bei Vermeidung der Nullität genau zu beobachten.

c. 22. X. 1. 3.

Was jedoch unzertrennlich mit dem übertragenen Geschäfte zusammenhängt, darf der Commissär thun, wenn es gleich nicht ausdrücklich in dem Commissorium enthalten wäre, und außerdem ist ihm auch das Recht eingeräumt, eine Widerklage anzunehmen und zu entscheiden.

c. 1. X. 2. 4.

Hinsichtlich des Verfahrens ist er an die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften gebunden, wie der ordentliche Richter,

c. 13. X. 1. 29.

und gegen seine Verfügungen und Beschlüsse können die streitenden Theile die gewöhnlichen Rechtsmittel gebrauchen.

Das Recht, einen Andern anstatt seiner zu substituiren (zu subdelegiren), hat ein Commissär nur dann, wenn ihm dieses entweder ausdrücklich gestattet wurde, oder wenn es aus seiner persönlichen Eigenschaft von selbst folgt.

c. 5. C. 3. 1.
c. 27. X. 1. 29.
Ueber die ganze Lehre ist zu vergl.
Glück, III. S. 295.
Gensler, Anl. zur gerichtl. Prax. I. §. 47.
Linde, §. 69.
Heffter, Syst. S. 51. Nr. 48.
Dr. W. H. Puchta, Dienst der d. Justizämter. I. §. 53, und vorzüglich Mühlenbruch, Grundriß. §. 75. S. 45.

2) Durch Mandat.

§. 58.

Nicht zu verwechseln mit der Delegation der Gerichtsbarkeit ist das mandatum jurisdictionis, welches darin besteht, daß Jemand — außer dem Staatsoberhaupte — einen Anderen bevollmächtiget, die ihm zustehende Jurisdiction anstatt seiner auszuüben. Der Mandatar tritt daher ganz an die Stelle des Mandanten, er repräsentirt denselben, und bildet daher keine eigene selbständige Instanz, wie der delegirte Richter, weßhalb auch gegen die Verfügungen des Mandatars nicht an den Mandanten, sondern nur an Denjenigen appellirt werden kann, an welchen die Berufung zu rich-

ten gewesen wäre, wenn der Mandant die Jurisdiction selbst ausgeübt hätte.

Nach älterem Röm. Rechte war den Magistraten, welche kraft ihres Amtes mit Jurisdiction versehen waren (welche jurisdictionem ***propriam*** hatten), eine solche Bevollmächtigung unbedenklich erlaubt;

Fr. 5. D. 2. 1.

Fr. 6. §. 1. D. 1. 16.

was sich auch theils aus der Ueberbürdung der Obrigkeiten mit Geschäften anderer Art, namentlich in den Provinzen, theils aus dem Umstande erklären läßt, daß bei der Wahl zu obrigkeitlichen Aemtern nicht immer auf die Rechtskenntnisse der Candidaten entscheidende Rücksicht genommen wurde.

Indessen war doch das mand. jurisd. mehreren Beschränkungen unterworfen:

1) konnte nämlich nur die jurisdictio, nicht auch das merum imperium mandirt werden;

Fr. 1. §. 1. D. 1. 21.

Fr. 6. pr. D. 1. 16.

das mixtum imperium wurde jedoch als mit der jurisdictio zugleich übertragen gedacht, weil die letztere ohne eine mäßige Zwangsgewalt mit Erfolg nicht ausgeübt werden konnte.

Fr. 5. §. 1. D. eod.

2) Ebenso wenig als das merum imperium konnten in der Regel auch solche Befugnisse übertragen werden, welche nicht als herkömmliche Ausflüsse der jurisdictio erschienen, sondern als zufällige — auf einer besondern lex oder einem Senatusconsulte beruhende Attribute.

Fr. 1. pr. Fr. 2. §. 2. D. 1. 21.

Fr. 8. §. 18. D. 2. 15.

3) Wer selbst nur mandatam jurisdict. hatte, konnte dieselbe nicht weiter mandiren.

Fr. 5. D. 2. 1.

Fr. 5. pr. D. 1. 21.

Der Auftrag konnte übrigens nicht bloß einem anderen Magistrate, sondern auch einem Privatmanne, und ebensowohl zur Ausübung der jurisdictio im Ganzen als auch theilweise geschehen.

Fr. 17. D. 2. 1.

Die Bestellung eines judex beruhte jedoch nicht auf einem mand. jurisdictionis, weil das officium judicis keine Art von jurisd. sondern ein eigenes, für sich bestehendes Amt war.

Puchta, Instit. II. Bd. S. 13 flg.

Diese älteren, mit der Unabhängigkeit der republicanischen Magistrate zusammenhängenden Grundsätze über das mand. jurisd. wurden in der späteren Kaiserzeit, als die Obrigkeiten den Charakter kaiserlicher Beamten erhalten hatten, immer mehr beschränkt. Das Recht, die Jurisdiction im Ganzen nach Belieben einem Andern zu übertragen, hörte endlich gänzlich auf, und den Gerichtsvorständen wurde nur noch gestattet, im Falle einer Geschäftsüberhäufung die Untersuchung und Entscheidung einzelner Fälle andern Personen zu übertragen.

c. 2. C. 3. 3.

Puchta, a. a. O. S. 238 flg.

Dem jetzt geltenden Rechte zufolge ist zwischen der Patrimonial- und Amts-Gerichtsbarkeit zu unterscheiden. Die Ausübung der ersteren kann nicht nur einem Anderen (Gerichtshalter, Justitiar) aufgetragen werden, sondern, wenn der Inhaber derselben persönlich zur

Ausübung des Richteramtes nicht befähiget ist, so muß dieses sogar geschehen.

Vgl. P. G. O. Art. 2.

Nur wird nach den Grundsätzen des heutigen Staatsrechtes vorausgesetzt, daß der Auftrag einem zur Verwaltung des Richteramtes gehörig qualificirten Subjecte ertheilt, und von dem Staatsoberhaupte bestätigt werde. Auch sind die Gerichtshalter gleich den unmittelbar angestellten Justizbeamten der Oberaufsicht des Staates unterworfen.

Hingegen die Amtsgerichtsbarkeit darf gegenwärtig von Denjenigen, welchen sie verliehen ist, in der Regel nicht mehr beliebig an andere mandirt, sondern in Verhinderungsfällen muß dem Staatsoberhaupte Anzeige gemacht, und durch dieses geeignete Abhülfe getroffen werden, insofern nicht etwa schon in der allgemeinen Dienstordnung für Fälle dieser Art vorgesorgt ist.

Nur theilweise, d. h. zur Vornahme bestimmter einzelner Gerichtshandlungen, namentlich solcher, welche nicht füglich durch das gesammte Gericht vorgenommen werden können, ist ein Auftrag in der Art gestattet, daß der Vorstand des Gerichts ein einzelnes Mitglied desselben zum Vollzuge einer solchen Handlung abordnen darf (Deputation). — Außerdem beruht auch noch das Institut der Actenversendung, wovon später die Rede seyn wird, auf einem partiellen mandatum jurisdictionis.

Vgl. über das Ganze: Glück, Comment. Bd. III. S. 282 flg.

Zu c.

Besetzung des Gerichts mit der gehörigen Anzahl von Personen.

§. 59.

Hiebei ist zu unterscheiden zwischen Gerichten mit collegialer Verfassung, und ohne diese. Zur gehörigen Besetzung eines Gerichtes der letzteren Art sind wenigstens zwei Personen wesentlich nothwendig, nämlich der Richter, welcher den Rechtsstreit zu leiten und das Urtheil zu fällen hat, und ein besonders verpflichteter Gerichtsschreiber (Actuar), dessen Aufgabe darin besteht, die Handlungen des Gerichts und der streitenden Theile urkundlich zu beglaubigen (das Protokoll zu führen).

S. oben S. 39. D.

Gegen eine Verbindung beider Functionen in einer Person ist allerdings insofern nichts einzuwenden, als ein mit der Richtergewalt bekleidetes Subject einem anderen Richter in einer Streitsache Actuarsdienste leisten kann. Aber eine Vereinigung in der Art, daß derselbe Beamte, welcher in einer Sache das Richteramt ausübt, zugleich auch in dieser Sache das Protokoll führen dürfte, widerspricht sowohl dem Zwecke, als auch den Worten der betreffenden Vorschrift des canonischen Rechtes (c. 11. X. 2. 19.), obgleich von Praktikern nicht selten das Gegentheil vertheidigt wurde.

Glück, Comm. III. S. 173.

Bei Collegialgerichten ist die Führung des Protokolls durch ein verpflichtetes Individuum (hier gewöhnlich Secretär genannt) gleichfalls nothwendig. Die Ausübung des eigentlichen Richteramtes aber, insbesondere die Urtheilsfällung, ist bei Collegialgerichten durch das Zusammenwirken Mehrerer bedingt, welche nach

vorgängiger Erstattung eines Vortrages über den zu entscheidenden Streitpunkt, durch Stimmenmehrheit zu beschließen haben, was Rechtens sey.

Zur Bildung eines Richter-Collegiums sind nach gemeinem Rechte wenigstens drei Mitglieder nothwendig (tres faciunt collegium. Fr. 85. D. 50. 16.). Wenn jedoch, — wie dieses gewöhnlich der Fall ist — das Collegium eine größere Anzahl stimmberechtigter Mitglieder zählt, so entscheidet über die zur Fassung eines gültigen Beschlusses erforderliche Zahl von Votanten die eigenthümliche Geschäftsordnung des betreffenden Gerichts.

Welche Gerichte übrigens eine collegiale Verfassung haben sollen, welche nicht, darüber läßt sich im Allgemeinen nicht mehr sagen, als daß dem Herkommen zufolge die Collegialverfassung nur bei den Obergerichten die Regel bildete. Bei den Untergerichten war bisher die monokratische Verfassung die vorherrschende.

In der neuesten Zeit ist zwar das Princip der Collegialität, mit Ausnahme einfacher, geringfügiger und dringender Sachen im Allgemeinen eifrig empfohlen worden. Wenn man jedoch das Gebiet der einfachen, geringfügigen und dringenden Sachen nicht ängstlich begränzt, so dürfte das Resultat dieser Neuerung von dem bisherigen Zustande nicht allzuweit abweichen.

Außer dem Richter und dem Actuar kommen zwar gewöhnlich bei allen Gerichten, monokratisch geordneten, wie collegialen — auch noch verschiedene andere Hülfspersonen vor (Praktikanten, Copisten, Gerichtsdiener u. s. w); allein die Mitwirkung dieser Personen ist wenigstens rechtlich zur gültigen Ausübung der Gerichtsbarkeit nicht nothwendig.

Relative Erforderuisse des Gerichts.

§. 60.

Die relativen Erforderniſſe des Gerichtes ſind: 1) Zuſtändigkeit oder Competenz; 2) daß die zu entſcheidende Sache nicht des Richters eigene Sache ſey; und 3) Freiheit von dem Verdacht einer Parteilichkeit.

Zu 1.

Competenz.

§. 61.

Competenz iſt die einem beſtimmten Gerichte verliehene, nach gewiſſen Rückſichten abgegränzte Jurisdiction. Beſtünde in einem Lande nur ein Gericht, ſo würden die Begriffe von Jurisdiction und Zuſtändigkeit zuſammenfallen, d. h. die mit Jurisdiction bekleidete Obrigkeit würde auch für alle vorkommenden Streitfälle competent ſeyn. Allein ſchon die größere geographiſche Ausdehnung eines Staatsgebiets macht es nothwendig, mehrere Gerichte einzuſetzen, und jedem dieſer mehreren Gerichte eine gewiſſe, möglicherweiſe durch mancherlei Rückſichten motivirte Sphäre anzuweiſen, innerhalb welcher es allein befugt ſeyn ſoll, die Gerichtsbarkeit auszuüben. Competent nennt man nun ein Gericht in Beziehung auf eine beſtimmte Sache dann, wenn dieſe Sache aus irgend einem Grunde in den ihm angewieſenen Wirkungskreis fällt. Außerdem iſt dieſes Gericht für dieſe Sache incompetent. —

Dem Begriffe der Competenz ſteht gegenüber der Begriff von Gerichtsſtand (forum). Derſelbe Grund nämlich, welcher auf der einen Seite ein beſtimmtes Ge-

richt berechtiget, in einer gewissen Kategorie von Streitsachen Recht zu sprechen, verpflichtet auf der anderen Seite die in solchen Sachen Verpflichteten, sich vor diesem Gerichte auf den Streit einzulassen, d. h. sie haben hier einen Gerichtsstand. —

Die Rücksichten, welche Competenz und Gerichtsstand begründen können, sind übrigens nach gemeinem Rechte so verschiedenartig, daß eine allgemeine Classification derselben wenigstens für die theoretische Auffassung nicht als überflüssig erscheint.

Classification der Gerichtsstände.

§. 62.

I. In der Regel beruht die Competenz der Gerichte auf gesetzlichen Vorschriften. Indessen ist doch durch diese Vorschriften die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, die gesetzliche Competenz eines Gerichtes auf irgend eine andere Art, insbesondere durch den übereinstimmenden Willen der Parteien auf einzelne Fälle zu erweitern, welche in dem gesetzlichen Wirkungskreise dieses Gerichtes nicht enthalten sind. Mit Rücksicht auf diese Möglichkeit unterscheidet man gesetzlichen und prorogirten Gerichtsstand (forum *legale* und *prorogatum*).

II. Die gesetzlichen Gerichtsstände werden mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des einführenden Gesetzes eingetheilt in gemeine — fora *communia*, und in gefreite, fora *privilegiata*, je nachdem das zu Grunde liegende Gesetz eine allgemeine Rechtsregel oder eine singuläre Bestimmung bloß zur Begünstigung oder Auszeichnung gewisser Classen von Personen oder Sachen enthält.

III. Mit Rücksicht auf den Umfang der Anwendbarkeit unterscheidet man allgemeine und besondere

Gerichtsstände (fora *generalia* und *specialia*), je nachdem bei einem Gerichte regelmäßig alle, oder nur gewisse Arten von Klagen angestellt werden können. — Endlich

IV. wird mit Rücksicht auf die Beobachtung des Instanzen-Verhältnisses auch noch unterschieden zwischen ordentlichem und außerordentlichem Gerichtsstande, von welchem letzteren man in dem Falle spricht, wenn es dem Kläger gestattet ist, gegen die allgemeine Regel das zuständige Untergericht erster Instanz zu übergehen, und die Klage sofort bei einem Gerichte höherer Instanz anzubringen.

Einzelne Gerichtsstände. Fora communia generalia.

1) Gerichtsstand des Wohnortes (*forum domicilii*).

§. 63.

Das forum domicilii beruht auf dem Grundsatze, daß sich in der Regel Jeder vor dem Untergerichte, in dessen Bezirk er seinen Wohnsitz hat, auf einen Rechtsstreit einlassen und sich vertheidigen müsse.

c. 2. C. 3. 13.

Der Wohnsitz eines Menschen ist aber an dem Orte begründet, welcher den regelmäßigen Mittelpunkt seines häuslichen und bürgerlichen Verkehrs bildet; — wo er sich in der Absicht niedergelassen hat, daselbst für immer, oder doch so lange zu bleiben, bis besondere Umstände ihn wieder abberufen würden.

c. 7. C. 10. 39.

Fr. 203. D. 50. 16.

Zur Begründung des Domicils wird daher — analog Dem, was zur Erwerbung des Besitzes nothwendig ist — zweierlei erfordert:

a) der wirkliche Aufenthalt an einem Orte, welcher auch durch bloßen Güterbesitz an demselben nicht ersetzt wird;

Fr. 17. §. 13. D. 50. 1.

und

b) die Absicht an diesem Orte zu bleiben (animus sedem fixam habendi).

Eines dieser beiden Momente allein reicht zur Begründung des Domicils nicht hin. — Der eigenthümliche Besitz eines Hauses ist aber hiezu ebenso wenig nothwendig,

Fr. 5. §. 2. D. 47. 10.

als die ununterbrochene Fortdauer des Aufenthalts.

Ob übrigens Jemand wirklich in der Absicht daselbst zu bleiben, sich an einem bestimmten Orte aufhalte, muß, wenn er sich nicht ausdrücklich darüber erklärt, aus den Umständen geschlossen werden.

Fr. 27. §. 1. D. 50. 1.
Fr. 203. D. 50. 16.
c. 2. C. 3. 24.
Vgl. insbes. c. 2. C. 10. 39.
Reinhardt, Handb. I. S. 35 flg.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß Jemand auch ohne Domicil seyn kann, wie Dieses namentlich bei Vagabunden und bei Auswanderern der Fall ist, welche ihren bisherigen Wohnort bereits verlassen, aber ihr neugewähltes Domicil noch nicht erreicht haben.

Fr. 27. §. 2. D. 50. 1.

Ob Jemand auch zu gleicher Zeit mehrere Domicilien an verschiedenen Orten haben könne, ist zwar von

einigen Römischen Juristen bezweifelt, endlich aber doch als möglich anerkannt worden.

Fr. 5. Fr. 6. §. 2. Fr. 27. §. 2. D. 50. 1.

Vgl. c. 2. in 6. 3. 12.

Die Bestimmung des Wohnortes ist übrigens der freien Wahl eines Jeden überlassen, welche auch durch einseitige, letztwillige Verfügungen eines Anderen nicht beschränkt werden kann.

Fr. 71. §. 2. D. 35. 1.

Nur aus Gründen des öffentlichen Rechtes treten in dieser Hinsicht einige Ausnahmen ein (domicilium necessarium); namentlich a) bei Soldaten (Fr. 23. §. 1. D. 50. 1.) und bei Beamten (c. 2. C. 3. 24. c. 8. C. 10. 39.), welche an ihrem Diensторte, so wie b) bei Relegirten, welche am Orte ihrer Verweisung ihr Domicil haben (Fr. 22. §. 3. D. 50. 1.). — Indessen wird doch in Beziehung auf Soldaten die beschränkende Bemerkung beigefügt „si nihil in patria possident" — (Fr. 23. §. 1. cit.); und in Bezug auf Relegirte enthält Fr. 27. §. 3. D. 50. 1. die weitere Bestimmung: Domicilium habere *possunt* eo loco, unde arcentur.

S. darüber: Gesterding im Arch. für civ. Prax. VII. S. 421 flg.

v. Savigny, System Bd. VIII. S. 61. Note q.

Außerdem können auch Familien- oder häusliche Verhältnisse auf die Bestimmung des Domicils einen Einfluß äußern.

So folgt a) in Uebereinstimmung mit dem Wesen der Ehe die Ehefrau (nicht aber schon die Braut) dem Domicil des Mannes (domicilium matrimonii);

Fr. 5. D. 23. 2.

Fr. 65. D. 5. 1.

Fr. 38. §. 3. D. 50. 1.

Fr. 32. D. eod.

c. 9. C. 10. 38.

c. 13. C. 12. 1.

Vgl. Helfert, im Arch. für Kirchenrecht von Weiß. V. S. 19.

und behält dasselbe auch noch als Wittwe so lange bei, bis sie eine neue Ehe eingeht, oder sonst ihren Wohnort verändert.

Fr. 22. §. 1. D. 50. 1.

b) Eheliche Kinder, selbst solche, die sich noch in väterlicher Gewalt befinden, sind bloß deßhalb allein nicht unfähig, sich einen eigenen, von dem Domicil des Vaters verschiedenen Wohnsitz zu wählen.

Fr. 3. Fr. 4. Fr. 6. §. 1. D. 50. 1.

So lange sie aber noch zum Hausstande des Vaters gehören, oder noch nicht willensfähig sind, folgen sie nach allgemeiner Ansicht dem Domicil des Vaters. — Von unehelichen Kindern wird angenommen, daß sie dem Wohnorte der Mutter folgen.

Gensler, Comm. S. 71.

Quistorp, Beitr. zur Erläut. verschiedener Rechtsmaterien. S. 340.

Gesterding, im Archiv. für civ. Prax. VII. S. 426.

v. Savigny, System. VIII. S. 62.

c) Nach Röm. Recht folgten auch die Freigelassenen dem Domicil des Patrons; konnten aber dasselbe später nach eigner Wahl verändern.

Fr. 6. §. 3. Fr. 22. pr. §. 2.

Fr. 27. pr. u. Fr. 37. §. 1. D. 50. 1.

Diese Bestimmung ist in neuerer Zeit von Mehreren analog auf unsere Dienstboten und Handwerksgesellen ausgedehnt worden, was jedoch nicht ohne Bedenken ist. —

Was den Umfang der Anwendbarkeit dieses Gerichtsstandes betrifft, so können bei demselben alle Klagen angebracht werden, dingliche wie persönliche. Auch bei gefreiten Gerichtsständen kommt gewöhnlich der Wohnort des Verpflichteten in Betracht.

Durch die Concurrenz eines anderswo begründeten speciellen Gerichtsstandes wird die Competenz des for. domicilii gleichfalls in der Regel nicht aufgehoben. Von den Ausnahmen, durch welche man diese Regel beschränken will, wird jedoch zweckmäßiger bei den betreffenden speciellen Gerichtsständen selbst gehandelt.

Das einmal begründete forum domicilii dauert übrigens so lange fort, bis der Einwohner seine Absicht, an diesem Orte zu bleiben, aufgibt, und in dieser Absicht den Ort wirklich verläßt, gleichviel, ob er sich schon einen anderen Wohnort ausersehen hat oder nicht.

Fr. 20. D. 50. 1.

Durch eine bloß temporäre Entfernung mit der Absicht zurückzukehren, wird das Domicil ebensowenig aufgehoben, als dasselbe durch einen bloß temporären Aufenthalt begründet wird.

Außerdem erlöscht der Gerichtsstand des Wohnorts durch den Tod des Einwohners, indem das Domicil gleich dem Besitze als etwas Thatsächliches auf die Erben nicht übergehen kann.

arg. Fr. 66. §. 4. D. 36. 1.
Glück, Comm. Bd. VI. S. 292.
Nicht dagegen ist Fr. 19. pr. D. 5. 1.

Als s. g. Verlassenschafts-Behörde besteht jedoch das forum domicilii eines Einwohners auch nach dessen Tode noch fort, und hat als solche die Obsignation des Nach-

lasses, die allenfalls nöthige Errichtung eines Inventars u. dgl. zu besorgen.

Hommel, Rhapsod. 590.

Bülow und Hagemann, Erört. III. 62.

Martin, Lehrb. §. 48. a. E.

Beide Aufhebungsarten (Dereliction und Tod) finden übrigens nur dann statt, wenn nicht etwa der Rechtsstreit schon bei Lebzeiten des Einwohners vor seinem for. domicilii anhängig geworden ist.

Fr. 30. D. 5. 1.

Auch gelten diese Aufhebungsarten nur in Beziehung auf den Gerichtsstand des Domicils allein. Sollte zufällig an demselben Orte, wo das Domicil begründet ist, auch ein besonderer Gerichtsstand gegen den Einwohner begründet seyn, so wird dieser weder durch das Wegziehen, noch durch den Tod des Verpflichteten aufgehoben.

c. 2. C. 3. 13.

Fr. 19. pr. D. 5. 1.

Zur genaueren Bestimmung der Anwendbarkeit des Gerichtsstandes des Wohnortes sind endlich noch folgende Punkte zu bemerken:

1) Das for. Domicilii wird immer nach der Person des zu Verklagenden bestimmt, d. h. nicht da ist es begründet, wo Der, welcher klagen will, wohnt, sondern an dem Orte, wo der zu Beklagende sein Domicil hat.

2) Bei der Ausmittlung dieses Gerichtsstandes ist nicht darauf zu sehen, wo der Verpflichtete zur Zeit der Entstehung des Geschäftes, aus welchem geklagt werden soll, wohnte; sondern darauf, wo er seinen Wohnsitz jetzt hat, da man gegen ihn klagen will.

3) In Beziehung auf juristische Personen könnte eigentlich von einem bestimmten Wohnorte nicht die Rede seyn, weil sie nur im Begriffe existiren. Allein das

praktische Bedürfniß hat auch für diese Personen auf künstlichem Wege ein forum domicilii geschaffen, bald mit Rücksicht auf den Zusammenhang der juristischen Person mit Grund und Boden, bald mit Rücksicht auf den Mittelpunkt ihrer Geschäftsführung. Bei industriellen oder anderen Gesellschaften ist übrigens die künstliche Ermittlung eines Domicils oft sehr zweifelhaft, weßhalb es als rathsam erscheint, schon bei der Gründung solcher Gesellschaften das Gericht festzustellen, welches als forum domicilii für sie gelten soll.

v. Savigny, Syst. VIII. S. 65.

Ueber den Gerichtsstand des Wohnsitzes im Allgemeinen ist nachzusehen:

Lauterbach, de domicilio. Diss. vol. 2. n. 72.
Gesterding, im Arch. f. c. Pr. Bd. VII. S. 412 flg.
Kierulff, Theorie des gem. Civilr. Bd. I. S. 122 bis 128.
v. Savigny, Syst. Bd. VIII. S. 57 flg.

2) *Forum originis.*

§. 64.

Das Röm. Recht kennt außer dem forum domicilii noch einen zweiten allgemeinen Gerichtsstand, das s. g. for. originis.

Die Angehörigkeit eines Menschen in Bezug auf eine gewisse Stadtgemeinde (civitas, respublica) konnte nämlich nach der Verfassung des Röm. Reiches auf doppelte Art begründet werden, sowohl dadurch, daß er in dem Gebiete dieser Gemeinde seinen Wohnsitz hatte; als auch dadurch, daß er das Bürgerrecht in derselben besaß.

Das Bürgerrecht in einer Stadtgemeinde konnte aber erworben werden

a) durch Geburt (*origo, nativitas*), indem das in einer rechtsgültigen Ehe erzeugte Kind das Bürgerrecht in jener Gemeinde erhielt, in welcher es dem Vater zur Zeit der Geburt zustand; — das unehelich erzeugte aber in der Vaterstadt der Mutter;

b) durch Adoption;

c) durch Freilassung (*manumissio*) und

d) durch Aufnahme (*allectio*).

Fr. 1. pr. D. 50. 1.
c. 7. C. 10. 39.

Da nun die Angehörigkeit an eine bestimmte Stadtgemeinde unter anderen die rechtliche Wirkung hatte, daß der Angehörige der Obrigkeit dieser Gemeinde unterworfen wurde; und da Jemand in einer Stadt sein domicilium haben, in einer andern aber bloß das Bürgerrecht besitzen konnte, so war es möglich, daß an zwei verschiedenen Orten zwei allgemeine persönliche Gerichtsstände gegen ihn begründet waren, deren einen wir forum domicilii, den anderen aber, weil das Bürgerrecht in den meisten Fällen durch origo entstand, — forum originis nennen.

Zu diesem *forum originis*, oder, wie man es besser nennen würde, *forum civitatis*, welches jeder einzelne Bürger für seine Person insbesondere anerkennen mußte (*f. or. proprium*), kam auch noch ein for. orig. *commune*, welches für alle cives Romani in der Hauptstadt Rom begründet war. Rom war nämlich nach einer staatsrechtlichen Fiction, welche sich auch noch nach der Auflösung der republicanischen Verfassung erhalten hat, communis patria omnium civium,

Fr. 33. D. 50. 1.
Fr. 6. §. 11. D. 27. 1.

weßhalb sich auch jeder Röm. Bürger in Rom belangen lassen mußte, wenn er dort angetroffen wurde, oder Vermögen daselbst besaß,

Fr. 28. §. 4. D. 4. 6.

vorausgesetzt, daß ihm nicht das jus revocandi domum eingeräumt war — ein Vorrecht welches darin bestand, nur in der Heimath zu Recht stehen zu müssen, und welches namentlich solche Personen genossen, die in öffentlichen Geschäften nach Rom gekommen waren.

Fr. 2. §. 3. D. 5. 1.

Diese beiden fora orig. concurrirten übrigens mit dem foro domicilii in der Art, daß der Kläger die Wahl hatte, die Klage zu stellen, wo es ihm am vortheilhaftesten zu seyn schien.

Fr. 29. D. 50. 1.

Vergl. über das Ganze:

Heffter, Inst. S. 138.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 5 flg.

v. Savigny, System. Bd. VIII. S. 44. flg.

Aus dem Gesagten ergibt sich die jetzige Unanwendbarkeit des for. orig. commun. von selbst, indem in Deutschland nie eine Stadt die staatsrechtliche Fiction für sich hatte, gemeinsame Heimath aller Deutschen zu seyn. Nur für die Geistlichen hat das canonische Recht diese Fiction rücksichtlich Roms — als mater omnium ecclesiarum — beibehalten.

c. 20. X. 2. 2.

Aber auch das for. originis proprium im Sinne des Röm. Rechts hat in Folge der veränderten Verfassung seine praktische Bedeutung verloren, d. h. das Bürgerrecht in einer bestimmten Stadtgemeinde begründet jetzt bei der städtischen Obrigkeit keinen Gerichtsstand mehr.

Aushülfsweise — für solche Fälle, in welchen Jemand zur Zeit keinen Wohnsitz hat, spricht man zwar auch jetzt noch von einem forum originis, namentlich bei Vaganten und Findelkindern; allein bei der Ausmittlung dieses Gerichtsstandes wird nicht auf die Civitätsverhältnisse des Vaters oder der Mutter, sondern auf den Wohnsitz derselben zur Zeit der Geburt der in Frage stehenden domicillosen Person, oder (bei Findlingen) auf den Ort, wo sie gefunden wurden, Rücksicht genommen.

Linde, Lehrb. §. 61. 89.

v. Savigny, Syst. Bd. VIII. S. 101—106.

Zuweilen wird selbst das accessorische for. domic. der Kinder, welche sich noch im Hause ihrer Eltern befinden (s. oben §. 63 S. 185. lit. b.), als forum originis bezeichnet.

Cod. jur. judic. bavar. c. 1. §. 2.

Fora communia specialia.

1) *Forum rei sitae.*

§. 65.

Das forum rei sitae ist bei demjenigen Gerichte begründet, in dessen Bezirke das Object der Klage zur Zeit der Anstellung derselben gelegen ist, ohne Rücksicht darauf, ob der Beklagte auch sein Domicil daselbst hat oder nicht. Das ältere Röm. Recht kannte, — wie wir nun aus einer neuentdeckten Quelle wissen, —

Fragm. Vatic. §. 326. edit. Berol.

diesen Gerichtsstand noch nicht, und wahrscheinlich ist derselbe erst durch eine Constitution der Kaiser Valen-

tinian, Theodosius und Arcadius vom Jahre 385 eingeführt worden;

c. 3. C. 3. 19.

Hugo, R. R. G. S. 830. 9te Aufl.

Bethmann-Hollweg, Versuche S. 62.

was man übrigens allerdings nicht hätte erwarten sollen, da die Gründe zur Einführung dieses Gerichtsstandes, — Erleichterung des Beweises und der Execution, — von jeher gleiche praktische Bedeutung hatten.

Eine Vorbereitung zu dem for. rei sitae findet übrigens Bethmann-Hollweg, Vers. S. 59 Note 128 schon in der c. 2. C. 3. 19. von Constantin.

Bei diesem Gerichtsstand können übrigens nicht alle Klagen, sondern nur actiones in rem, und Klagen auf Erlangung des Besitzes (interdicta de adip. possess.) angestellt werden.

c. 3. C. cit.

c. un. C. 3. 20.

Dagegen actiones in personam, — ex contractu, oder ex delicto eignen sich nicht vor das forum rei sitae, und eben daher auch die interdicta retinendae und recuperandae possess. nicht, weil auch diese eigentlich nur als Klagen ex delicto erscheinen, für welche ein anderer Gerichtsstand, nämlich das forum delicti commissi begründet ist.

c. un. C. 3. 16.

v. Savigny, das Recht des Besitzes. 4. Ausgabe. §. 6.

Vgl. Albert über das Interd. uti possid. Halle 1824. §. 149. S. 195.

Insofern die eben genannten possessorischen Rechtsmittel auf Erhaltung oder Wiedererlangung des Besitzes

unbeweglicher Sachen gerichtet sind, wird freilich das forum delicti mit dem for. rei sitae an demselben Orte zusammentreffen, weil eine gewaltsame Dejection oder Störung in dem Besitze unbeweglicher Sachen nur da geschehen kann, wo diese Sachen gelegen sind; es könnte demnach scheinen, daß es dem Erfolge nach auf Dasselbe hinauskomme, man möge nun theoretisch das forum rei sitae oder delicti commissi dabei gelten lassen. — Allein bei beweglichen Sachen ist jenes Zusammentreffen beider Gerichtsstände nicht nothwendig; — wenigstens in Ansehung dieser Sachen ist es also auch dem Erfolge nach nicht gleichgültig, ob man das forum rei sitae zuläßt oder nicht.

Uebrigens ist selbst für die interdict. *adipisc.* poss. — mit Ausnahme des Gesuches um die missio in possess. bonorum von Seite eines in einem fehlerfreien Testamente eingesetzten Erben, — die Zulässigkeit des for. rei sitae wegen der allgemeinen Vorschrift in c. 2. C. 8. 1. und wegen der Ueberschrift der c. un. C. 3. 20. mit Grund bezweifelt worden, von L. Arndts Beiträge, Bonn 1837. S. 113 bis 117.

Vgl. Sintenis, Erläuter. 1. Heft. S. 34—46.

Was die Theilungsklagen betrifft, so dürfte zwar das forum rei sitae für die actio finium regund. allerdings begründet seyn, weil diese Klage nach Fr. 1. D. 10. 1. die Stelle der rei vindic. vertreten kann. —

S. Glück, Comment. X. S. 442 flg.

Hingegen für die actio famil. erciscund. und communi divid. läßt sich die Anwendbarkeit jenes Gerichtsstandes nicht rechtfertigen. Denn diese Klagen sind in der That nur actiones in personam. — Daß bei denselben ein dingliches Rechtsverhältniß vorausgesetzt wird, reicht eben so wenig hin, sie zu act. in rem zu

machen, wie bei der condictio furtiva, welche ja auch nur von dem Eigenthümer angestellt werden kann.

Heise und Cropp, jur. Abh. I. Abh. 9.

A. M. ist Bethmann-Hollweg, Versuche S. 69.

In Ansehung derjenigen actiones in rem scriptae, die gegen den Besitzer einer körperlichen Sache als solchen gehen, läßt sich aber die von der gewöhnlichen Meinung in Schutz genommene Anwendbarkeit dieses Gerichtsstandes nicht verwerfen.

Vgl. c. 3. C. 2. 20.

Linde, Lehrb. §. 90. Not. 6.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 66 bis 69, welcher jedoch den Grund der Ausdehnung nur in der Nov. 69 findet.

A. M. ist Martin, §. 51. nach *Zanger*. De exc. c. II. Nr. 308—311.

Mit Unterscheidung beantwortet die Frage über die Zuläßigkeit des for. r. s. bei mixtis und in rem script. action.

Sintenis in s. Erläut. Heft 1. S. 22—33.

Ob auch die hereditatis petitio in foro rei sitae angestellt werden könne, ist wegen der verschiedenartigen Auslegung, welche die c. un. C. 3. 20. zuläßt, streitig. Einige nehmen den Ausdruck „degere" in dieser Stelle für gleichbedeutend mit „domicilium habere", und schließen daher das forum rei sitae bei der hered. petit. gänzlich aus.

Hugo, R. G. 11. Aufl. S. 913. Not. 1.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 65. Note 138.

Andere verbinden mit dem Worte *„degere"* nur den Begriff eines vorübergehenden Aufenthaltes, und lassen demnach das forum rei sitae hier wenigstens dann gel-

ten, wenn sich der Beklagte an dem Orte, wo die Erbschaft liegt, zufällig betreten läßt;

Heffter, Inst. S. 144. Note 38 b.

und diese Ansicht hat auch der Verfasser gegenwärtiger Vorträge zu vertheidigen gesucht im

Arch. für civ. Prax. VI. S. 180 flg.

Eine dritte mögliche Auslegung endlich, auf welche der Verfasser schon vor mehreren Jahren von einem seiner Zuhörer, Hrn. Dr. Krinsfeld, aufmerksam gemacht wurde, und welche nun ausführlich erörtert ist von

Arndts, Beiträge. S. 117—126.

besteht darin, daß zwar der Ausdruck „degere" nur von einem vorübergehenden Aufenthalte zu verstehen, hingegen das Wörtchen *„vel"* nicht mit „oder", sondern mit „sogar auch" zu übersetzen sey; wodurch denn die Verordnung den Sinn gewinnt, daß die hered. petit. immer in foro domicilii angestellt werden müsse, selbst dann, wenn sich auch der Beklagte zufällig an dem Orte treffen ließe, wo die Erbschaft gelegen ist.

Von diesen verschiedenen Auslegungen dürfte nun wohl die letzte den Vorzug verdienen, indem die erste erhebliche grammatische Bedenken, die zweite aber den Umstand gegen sich hat, daß dieselbe eine ganz neue singuläre Vorschrift für die hered. petit. in einem bloßen Rescripte voraussetzt.

Vgl. Sintenis, Erläut. Heft 1. S. 46 flg.

Ueber Legatsklagen s. Fr. 50. pr. u. §. 2. D. 5. 1. Fr. 66. §. 4. D. 36. 1.

Meine Abh. im Arch. für civ. Pr. VI. S. 180 flg.

Ueber Präjudicialklagen: c. 1. 3 und 4. C. 3. 22.

Was das Verhältniß des for. r. s. zu dem for. domicilii betrifft, so ist es ungeachtet der von

A. D. Weber, Beitr. zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einr. St. II. S. 15 flg.

dagegen angeführten Gründe doch richtiger, anzunehmen, daß beide Gerichtsstände concurriren, folglich der Kläger die Wahl hat, zu klagen wo er will, besonders wegen

c. 3. C. 3. 19. *„Sed et.“*

c. 12. C. 7. 33.

Ueber das entgegenstehende

Fr. 38. D. 5. 1.

Vgl. Bethmann-Hollweg. S. 74.

Nach canonischem und nach deutschem Rechte war freilich der Gerichtsstand der belegenen Sache ausschließend begründet;

c. 3. X. 2. 2.

Heffter, Inst. S. 143. Note 38 a.

und Derselbe im Arch. für civilr. Prax. X. S. 207 flg.

allein der neuere Gerichtsgebrauch hat sich doch vorherrschend für die Zulassung der Concurrenz mit dem for. domicil. entschieden.

Vgl. Sintenis, Erläut. 1stes Heft. S. 2—20.

2) Gerichtsstand des Vertrages (*forum contractus*).

§. 66.

Ueber das forum contractus wurde früherhin allgemein Folgendes gelehrt:

Für Klagen aus einem Vertrage oder aus einem

Geschäfte, welches eine obligatio quasi ex contractu erzeugt,

Fr. 19. §. 1. u. Fr. 36. §. 1. D. 5. 1.

ist außer dem allgemeinen Gerichtsstande des Wohnortes

Fr. 19. §. 4. D. 5. 1.

auch noch ein besonderer Gerichtsstand bei dem Gerichte desjenigen Bezirkes begründet, in welchem der Vertrag geschlossen und perfect geworden ist;

Fr. 2. §. 4. Fr. 19. §. 2. D. 5. 1.

ausgenommen die Contrahenten hätten in dieser Beziehung etwas anderes verabredet,

Fr. 19. §. 2. D. cit. „nisi alio loci etc.“

oder für die Erfüllung des Vertrages einen andern Ort bestimmt, in welchem Falle die Klage bei dem Gerichte des Erfüllungsortes anzubringen ist,

Fr. 21. D. 44. 7.

oder es wäre einer von den singulären Fällen vorhanden, welche in Fr. 19. §. 2. D. 5. 1. und Fr. 65. D. eod. angeführt sind.

Die Anwendbarkeit dieses Gerichtsstandes ist jedoch dadurch bedingt, daß sich der Verpflichtete zur Zeit der Klagestellung entweder persönlich am Orte des geschlossenen Vertrages befindet, oder Vermögen daselbst besitzt.

Fr. 1. D. 13. 4.

Fr. 19. pr. u. §. 1. D. 5. 1.

c. 1. §. 3. in 6. 2. 2.

Als Motiv für die Einführung dieses Gerichtsstandes wurde unter Bezug auf Nov. 69. c. 1. §. 1. die Erleichterung des Beweises angegeben.

Die neueren Untersuchungen über diesen Gerichtsstand haben jedoch bezüglich des Ortes, an dem derselbe regelmäßig als begründet erscheinen soll, zu einem von der bisherigen Darstellung wesentlich abweichenden Resultate

geführt. Weil nämlich der in Fr. 3. D. 42. 5. aufgestellten Regel „Defendi quisque debet, ubi contraxerat“ sofort die Erklärung beigefügt wird „contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia“, und weil dieselbe Erklärung auch in Fr. 21. D. 44. 7. in einer allgemeinen Fassung wiederholt wird, so hat man das, was nach der ältern Lehre nur als Ausnahme vorkam, zur Regel erhoben, und demgemäß den allgemeinen Grundsatz aufgestellt:

„Der Gerichtsstand des Vertrages ist an dem Orte begründet, wo nach der Absicht der Contrahenten der Vertrag erfüllt werden soll.“

Dr. Jos. A. M. Albrecht, in dessen Rectorats-Programm über diesen Gegenstand. Würzburg 1845.
v. Savigny, System Bd. VIII. S. 205 flg.

Diese Ansicht ist ohne Zweifel der älteren Theorie vorzuziehen, nicht bloß wegen der so eben dafür angeführten positiven Bestimmungen des Röm. Rechtes, sondern auch aus dem Grunde, weil es ungleich näher liegt, anzunehmen, daß sich die Contrahenten dem Gerichte des Erfüllungsortes unterwerfen wollen, als dem Gerichte des Ortes, an welchem zufällig der Vertrag geschlossen wird.

Die Anwendung des neueren Grundsatzes ist nicht der geringsten Schwierigkeit unterworfen, wenn ein bestimmter Erfüllungsort von den Contrahenten selbst wörtlich bezeichnet wurde, oder wenn die schuldige Leistung ihrer Beschaffenheit nach nur an einem bestimmten Orte möglich ist, in welchem Falle eine ausdrückliche Erklärung der Contrahenten als überflüssig erscheint.

In Fällen anderer Art kommt es aber auf die Umstände an, unter welchen der Vertrag geschlossen wurde. Berechtigen diese Umstände zu der Annahme, daß die Contrahenten die Erfüllung des Vertrages an demselben Orte erwarteten, an welchem er entstanden war, so ist das forum contractus am Entstehungsorte begründet, gleichviel ob dieser Ort zugleich der Wohnort des Schuldners ist oder nicht. Läßt sich aber jene Erwartung der Parteien unter den gegebenen Verhältnissen nicht voraussetzen, so muß man annehmen, daß die Erfüllung des Vertrages im Wohnorte des Schuldners erwartet wurde.

Diese Grundsätze werden durch Beispiele erläutert in

Fr. 19. §. 1. und 2. Fr. 65. D. 5. 1.

Albrecht a. a. O. S. 15 flg.

v. Savigny, S. 211 bis 228.

Die Frage, ob der Gerichtsstand des Vertrages nicht auch unabhängig von dem Willen der Parteien durch gesetzliche Vorschriften über den Erfüllungsort begründet werden könne, ist in der Regel aus dem Grunde zu verneinen, weil die Gesetze, in Ermangelung eines vertragsmäßigen Erfüllungsortes, den Schuldner verpflichten da zu erfüllen, wo er verklagt wird; der Gerichtsstand also nicht von einem bestimmten Erfüllungsorte abhängig gemacht wird, sondern vielmehr umgekehrt dieser von jenem.

Fr. 1. D. 33. 1.

Fr. 38. D. 5. 1.

Fr. 47. §. 1. D. 30.

Fr. 4. D. 13. 3.

Fr. 22. D. 12. 1.

Als singuläre Ausnahmen sind die Fälle zu betrachten, welche in Fr. 66. §. 4. D. 36. 1. — Fr. 50.

pr. D. 5. 1. c. un. C. 3. 17. erwähnt werden. Vgl. darüber, sowie über Fr. 38. D. 5. 1. v. Savigny a. a. O. S. 228 bis 233. — Abweichend ist Albrecht a. a. O. S. 28 flg.

Uebrigens sind in Ansehung dieses Gerichtsstandes noch folgende Sätze zu bemerken:

1) Die bei dem for. contr. anzubringende Klage muß aus dem Vertrage selbst entsprungen seyn. Unter dieser Voraussetzung ist es aber gleichgültig, auf welchen Zweck sie gerichtet ist; es kann daher die contraria actio ebenso wohl, als die directa bei dem Gerichtsstande des Vertrages angebracht werden.

Hinsichtlich der bestrittenen Frage, ob bei diesem Gerichtsstande auch auf Rescission oder auf Ungültigkeitserklärung des Vertrages geklagt werden könne, ist zu unterscheiden, ob die beantragte Aufhebung auf einer besondern Verabredung beruht, welche einen Bestandtheil oder einen Anhang des Hauptvertrages bildet, oder auf einem andern Grunde. In dem letzten Falle ist das for. contractus nicht begründet, wohl aber in dem ersten.

Glück, Comm. VI. S. 300 flg.
Gensler, Comm. S. 79.

2) Gewöhnlich wird als eine Bedingung der Anwendbarkeit dieses Gerichtsstandes unter Bezug auf Fr. 19. pr. D. 5. 1. auch der Umstand bezeichnet, daß sich der Verpflichtete zur Zeit der Klagestellung in dem Bezirke des betreffenden Gerichtes befinden, oder wenigstens Vermögen daselbst besitzen müsse (s. oben S. 197). Allein das Röm. Recht forderte die Anwesenheit des Beklagten nicht zur Begründung der Competenz, sondern nur zur Ermöglichung der Einleitung eines gerichtlichen

Verfahrens, weil eine allgemeine Verbindlichkeit der Gerichte zur gegenseitigen Rechtshülfe nach der älteren Gerichtsverfassung nicht existirte. Mit dieser Unvollkommenheit fiel jenes thatsächliche Hinderniß der Anwendung des Gerichtsstandes von selbst hinweg, und schon das canonische Recht erkennt die Zuständigkeit des for. contr. auch gegen Abwesende und selbst gegen Solche, die im Gerichtsgebiete nicht begütert waren, ausdrücklich an.

c. 1. §. 3. in C. 2. 2.

Cocceji jus controv. V. 1. qu. 15.

Nur in Bezug auf Ausländer kann durch Abwesenheit und Mangel am Gutsbesitze im Inlande auch jetzt noch die Thätigkeit des Vertragsgerichtes vereitelt werden, weil man — wenn nicht besondere Staatsverträge hierüber bestehen, auf die Rechtshülfe auswärtiger Gerichte nicht mit Sicherheit zählen kann.

Vgl. darüber:

Brackenhöft, Erört. S. 218.

Heffter, System S. 193.

Schmid, Handb. I. S. 101 u. S. 83. §. 45. Not. 3.

A. M. ist jedoch v. Savigny, System a. a. O. S. 244.

3) Mit dem Gerichtsstande des Vertrages concurrirt der Gerichtsstand des Wohnortes, so daß der Kläger zwischen beiden die Wahl hat.

Fr. 19. §. 4. D. 5. 1.

4) Weil das forum contractus auf ausdrücklicher oder stillschweigender Unterwerfung beruht, so wird dasselbe durch den Tod oder durch die Veränderung des Wohnortes nicht aufgehoben, sondern besteht auch gegen die Erben noch fort, und muß von den Contrahenten auch nach dem Wegziehen von ihrem bisherigen Wohnorte noch anerkannt werden. — Das zufällige Zusam-

mentreffen beider Gerichtsstände an demselben Orte ist daher nicht immer ohne praktische Bedeutung.

Fr. 19. pr. D. 5. 1.

c. 2. C. 3. 13.

Abweichend — sowohl von der älteren Theorie als auch von der hier aufgenommenen neuesten Ansicht — ist der Gerichtsstand des Contracts aufgefaßt und dargestellt von

Dr. Phil. Briel, Gerichtsstand aus persönlichen Verbindlichkeiten. München 1828.

Bethmann-Hollweg, Versuche S. 16 flg.

Linde, im Arch. für civ. Prax. VII. S. 59 flg. u. in seinen Abhandlungen, II. Bd. S. 75 flg.

Mühlenbruch, im Arch. für civ. Praxis XIX S. 337 flg.

3) Gerichtsstand der Verwaltung (*forum gestae administrationis*).

§. 67.

Der Gerichtsstand der Verwaltung beruht auf dem Grundsatze, daß sich Derjenige, welcher fremde Geschäfte besorgt, an dem Orte der Geschäftsführung deßhalb auch belangen lassen muß, obgleich er vielleicht sein Domicil nicht daselbst hat.

Fr. 19. §. 1. Fr. 36. §. 1. D. 5. 1.

Fr. 54. §. 1. D. 3. 3.

c. 1. C. 3. 21.

Der Begriff der „Verwaltung" wird übrigens hiebei nicht auch auf den Fall ausgedehnt, wenn Jemand für einen Andern nur ein einzelnes Geschäft, z. B. einen einzelnen Kauf abgeschlossen hat, sondern das for. gest.

adm. setzt eine länger andauernde, zusammengesetzte Thätigkeit voraus, welche sich über eine Reihe verschiedenartiger Geschäfte verbreiten kann, wie dieses z. B. der Fall ist bei der Führung einer Vormundschaft.

Fr. 19. §. 1. D. cit.
c. 1. C. cit.
Brackenhöft, Erört. S. 242.
v. Savigny, Syst. VIII. S. 216 flg.

Auch ist dieser Gerichtsstand als solcher nicht bestimmt für Klagen, durch welche der Geschäftsherr die Uebernahme und Fortführung der Verwaltung selbst von Seite des hiezu Verpflichteten bewirken will, sondern nur für Klagen auf Rechnungsablage oder auf Berichtigung bestrittener Rechnungs-Verhältnisse hinsichtlich der bereits geführten Verwaltung.

c. 1. C. 3. 21.
„Ubi de *ratiociniis* agi oporteat.“

Ob aber die fremden Geschäfte in Folge eines Auftrages oder ohne einen solchen geführt wurden, ist bezüglich der Anwendbarkeit dieses Gerichtsstandes gleichgültig. — Der Sitz dieses Gerichtsstandes ist nach der ausdrücklichen Bestimmung des Röm. Rechts (c. 1. C. 3. 21.) immer bei dem Gerichte, in dessen Bezirke die Geschäfte geführt worden sind. Von dieser Regel ist gemeinrechtlich auch bei der Tutel keine Ausnahme zu machen, wenn gleich der Tutor von einer anderen Obrigkeit aufgestellt und verpflichtet worden wäre. — Nicht dagegen ist

R. P. O. v. 1577. Tit. 32. §. 3.
Linde im Arch. VII. S. 78 flg.
Brackenhöft, Erört. S. 242. Not. 5.

Genau betrachtet, ist übrigens dieses forum kein eigner, für sich bestehender Gerichtsstand, sondern nur eine Unter-

art des fori contractus. Dieses beweist nicht nur die Verbindung, in welcher die Fälle für diesen und jenen Gerichtsstand in den Quellen vorgetragen werden,

z. B. Fr. 19. §. 1. Fr. 20. D. 5. 1.

sondern auch der Umstand, daß der — auch für Klagen aus oblig. quasi ex contractu anwendbare — Gerichtsstand des Vertrages immer an demselben Orte begründet ist, wo auch nach dem angegebenen Gesichtspunkte das forum gestae admin. fundirt erscheint.

Linde im Arch. für civ. Prax. VII. S. 72 flg.
Bethmann-Hollweg, Vers. S. 27. a. E. flg.
v. Savigny, Syst. VIII. S. 218.

Eben daher finden auch die Grundsätze, welche in Bezug auf das for. contr. gelten, hier Anwendung.

Nur ein Punkt ist in dieser Hinsicht bestritten, ob nämlich mit diesem Gerichtsstande eben so wie mit dem forum contr. auch das forum domic. concurrire? — Von mehreren älteren sowohl, als neueren Proceßlehrern ist diese Concurrenz widersprochen, sohin das forum gestae admin. als ausschließend begründet erklärt worden;

Glück VI. §. 521. und die dort (Not. 40.) Angeführten.
Weber, Beitr. St. II. S. 35 flg. und vorzüglich
Linde im Arch. VII. S. 73 flg. und Abh. Bd. II. S. 91 flg.

und hierin, so wie in dem Umstande, daß in dem Just. Coder ein eigener Titel mit der Ueberschrift: „Ubi de ratiociniis tam publicis quam privatis agi oportet" vorkommt, liegt wohl auch der Grund, warum man den Gerichtsstand der geführten Verwaltung von dem forum contractus trennte und als ein selbständiges forum darstellte.

Allein da das Röm. Recht die Fälle dieses Gerichtsstandes mit denen des fori contractus im Uebrigen unläugbar einander gleichstellt, und da bei dem for. contractus die Concurrenz mit dem for. domic. außer Zweifel ist, so muß man diese Concurrenz auch bei dem for. gest. adm. gelten lassen, wenn nicht hier eine ausdrückliche gesetzliche Ausnahme in den Gesetzen nachgewiesen werden kann. — Zu dieser Nachweisung scheint aber doch das Argument aus der Ueberschrift lib. 3. Tit. 21. Cod. eben so wenig, als aus dem Ausdrucke „oportet" in Fr. 45. D. 5. 1. (S. *Brisson* D. V. S.) hinzureichen, obgleich der Verfasser gegenwärtiger Vorträge früher selbst dieser Meinung war.

Gönner, Handb. I. Abh. 11. — Struben, Bedenk. III. 96.

Briel a. a. O. S. 132.

v. Savigny a. a. O. S. 242. Not t.

Brackenhöft, Erört. S. 243.

4) Gerichtsstand des Vergehens (*forum delicti*).

§. 68.

Weil der Beweis einer unerlaubten Handlung da am leichtesten geführt wird, wo sie begangen wurde, und weil es unbillig schien, den durch ein Delict Beschädigten anzuhalten, seinen Wohnort zu verlassen und dem Beklagten in dessen vielleicht weit entferntes Domicil zu folgen, so hat Justinian in

Nov. 69. c. 1.

allgemein verordnet, daß Klagen ex delicto da angebracht werden dürfen, wo das Delict verübt wurde. —

Ob dieser Gerichtsstand schon dem älteren Röm. Rechte bekannt gewesen sey, ist zwar in neuester Zeit bezweifelt worden.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 29 und 52.
v. Savigny, System. VIII. S. 239.

Allein richtiger scheint doch das Gegentheil zu seyn.

Vgl. Fr. 24. §. 1. D. 5. 1.
Fr. 43. D. 9. 4. — c. un. 3. 16.
Brackenhöft, Erört. §. 93. Not. 5.
Schmid, Handb. I. §. 48.

Durch die Nov. 69. ist jedoch die Anwendbarkeit dieses Gerichtsstandes jedenfalls außer Zweifel gesetzt, und zwar ohne Unterschied, ob das delictum publicum oder privatum ist, da sich Justinian der allgemeinsten Ausdrücke bedient, und die rationes legis auf delicta der letzten Art eben so vollkommen passen, wie auf delicta publica.

Glück, Comm. VI. S. 315.
A. M. Gensler, Comm. S. 80.
Vgl. c. 20. X. 2. 2.

Wenn übrigens die Beschädigung durch ein Criminalverbrechen verursacht wurde, so kann der Beschädigte auch adhäriren, d. h. er braucht nicht zur Verfolgung seines Civilanspruches einen besonderen Proceß einzuleiten, sondern kann verlangen, daß dieser Anspruch zugleich bei der Criminaluntersuchung berücksichtiget, und daß in dem Strafurtheile auch über jenen entschieden werde.

Fr. 4. §. 4. D. 10. 1.
c. 3. C. 3. 8.
P. G. O. Art. 198 und 207.

Die Verordnung Justinians in der Nov. 69. beschränkt sich übrigens keineswegs bloß auf das forum delicti allein, — (obgleich gewissermaßen alle Veranlassungen zu einer gerichtlichen Klage darin auf den Ge-

sichtspunkt einer unerlaubten Handlung zurückgeführt werden), — sondern enthält ein allgemeines Princip, welches auch auf das forum rei sitae und selbst auf das forum contractus angewendet werden könnte.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 66 flg.

Allein eine sichere Anwendung dieses Gesetzes auf die verschiedenen Fälle des fori contractus und rei sitae ist durch die unbestimmte und vage Fassung desselben, — wobei auf die Bestimmungen des älteren Rechts keine specielle Rücksicht genommen ist, — so sehr erschwert, daß es nicht bloß zu erklären, sondern selbst zu entschuldigen ist, wenn die Mehrzahl der Proceßschriftsteller jene Novelle vorzugsweise nur bei dem for. delicti beachtet.

Vergl. darüber selbst Bethmann-Hollweg, a. a. O.

5) Gerichtsstand des inneren Zusammenhanges der Sachen (*forum connexitatis materialis*).

§. 69.

Das Wesen dieses Gerichtsstandes beruht nach der früheren, auch jetzt noch in mehreren deutschen Particularrechten festgehaltenen Theorie auf folgendem Grundsatze:

„Zwei oder mehrere Streitsachen, welche in einem inneren Zusammenhange stehen, sollen auch bei demselben Gerichte verhandelt und entschieden werden; — selbst dann, wenn, abgesehen von jenem Zusammenhange, für jede dieser Sachen ein anderes Gericht zuständig seyn würde.“ Ein innerer Zusammenhang wird übrigens nicht nur in dem Falle angenommen, in welchem mehrere Klagen auf demselben Grunde beruhen (continentia causarum im engeren Sinne), sondern auch dann, wenn

eine Sache zu der andern nur im präparatorischen, Präjudicial- oder Incident-Verhältnisse steht (connexitas materialis).

Als eine Eigenthümlichkeit dieses Gerichtsstandes wird noch angeführt, daß derselbe alle anderen Gerichtsstände ausschließen soll.

Zur Rechtfertigung dieser Theorie beruft man sich nicht nur auf den allgemeinen Grund, daß durch die Verweisung connexer Sachen an dasselbe Gericht die Verhandlung derselben vereinfacht und erleichtert, und widersprechenden Entscheidungen vorgebeugt werde, sondern auch auf positive gesetzliche Bestimmungen, — vorzugsweise auf c. 10. C. 3. 1. und auf den Titel der Pandekten: „De quibus rebus ad eundem judicem eatur" (11. 2.).

In der angegebenen Ausdehnung läßt sich jedoch der Gerichtsstand des Zusammenhanges nach gemeinem Rechte nicht vertheidigen. Denn wenn man auch zugeben muß, daß der allgemeine Grund, auf welchen man sich beruft, in manchen Fällen zutrifft, so lassen sich doch auch Fälle denken, in welchen die getrennte Verhandlung connexer Streitsachen vor verschiedenen Gerichten nicht mit der geringsten Inconvenienz, weder in Ansehung der Instruction, noch der Entscheidung verbunden ist. — Die c. 10. C. 3. 1. handelt gar nicht von mehreren connexen Streitsachen, sondern nur von der Untheilbarkeit einer Sache (continentia *causae* non dividatur), wogegen auch nicht das am Ende der Stelle angeführte Beispiel geltend gemacht werden kann. — Was endlich den Pandektentitel 11. 2. betrifft, so kann man zwar die Anwendbarkeit desselben aus dem Grunde nicht unbedingt zurückweisen, weil in demselben nur von judicibus im Sinne der älteren Röm. Gerichtsverfassung die Rede sey. Denn da zu Justinians Zeit diese Verfassung schon auf-

gehoben war, Justinian aber diese Bestimmungen dessenungeachtet in seine Sammlung aufnehmen ließ, so muß man annehmen, daß er dieselben den Verhältnissen seiner Zeit angepaßt wissen wollte. Allein auch in den Fragmenten dieses Titels ist nirgendwo der oben angeführte allgemeine Grundsatz ausgesprochen, sondern es wird nur in Bezug auf bestimmte einzelne Fälle (Fr. 1 u. 2. ibid. dann Fr. 8. §. 1. D. De liberal. causa) verordnet, daß die Betheiligten ad eundem judicem geschickt werden sollen, ne varie judicetur. Auch in diesen besonderen Fällen könnte übrigens die Vorschrift des Römischen Rechtes nur mit Hülfe einer Einrede (der exceptio remissionis ad eundem judicem) auf unsere dermaligen Gerichte angewandt werden, und selbst diese Einrede würde zuweilen nicht ausreichen. — Ein Gerichtsstand der Connexität in dem oben angeführten Umfange widerspricht übrigens sogar ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften,

c. ult. X. 2. 1.
J. R. A. §. 83.

und wird auch in der Praxis nicht consequent festgehalten.

Um zu einer den Quellen des gemeinen Rechts entsprechenden Auffassung und Begränzung dieses Gerichtsstandes zu gelangen, ist zu unterscheiden zwischen bloßen Incidentstreitpunkten, welche durch die Verhandlung der Hauptstreitsache hervorgerufen werden und als Bestandtheile der letzteren erscheinen; und zwischen mehreren selbständigen conneren Hauptstreitsachen.

a) Bezüglich der ersteren gilt allerdings der allgemeine Grundsatz, daß dergleichen Neben- und Zwischensachen von der Hauptsache nicht losgerissen und zur Verhandlung und Entscheidung an ein anderes Gericht gezogen werden dürfen. Darin besteht, richtig verstanden, der Sinn der c. 10. C. 3. 1. — Von

einem eigenen Gerichtsstande der Connexität kann aber hiebei gar nicht die Rede seyn. — Der Grundsatz gilt übrigens keineswegs bloß in Beziehung auf rein formelle und processualische Indicentpunkte, sondern auch in Ansehung solcher Streitpunkte wegen welcher, für sich betrachtet, auch eine selbständige Klage erhoben werden könnte, die vor ein anderes Forum gehören würde. Nur ist hierbei zu bemerken, daß der Richter der Hauptsache dergleichen untergeordnete Streitfragen bloß zu untersuchen und das Ergebniß der Untersuchung bei der Entscheidung der Hauptsache zu berücksichtigen, keineswegs aber über die Zwischenfrage selbst ein eigenes förmliches Urtheil auszusprechen hat.

c. 1. C. De ord. jud.

Das canonische Recht macht zwar von der hier aufgestellten Regel in Ansehung geistlicher Incidentpunkte, welche sich in einem vor einem weltlichen Gerichte anhängigen Processe ergeben, eine Ausnahme.

c. 3. X. De ord. cogn.

c. 5. X. Qui fil. sint legit.

Allein diese Ausnahme wird dem jetzigen Gerichtsgebrauche zufolge nicht mehr beachtet.

b) Wenn aber mehrere selbständige Hauptstreitsachen vorausgesetzt werden, welche nach den gewöhnlichen Begriffen in einem materiellen Connexitäts-Verhältnisse zu einander stehen, so wird in der Regel durch dieses Verhältniß hinsichtlich der Competenz der Gerichte keine Veränderung bewirkt, d. h. dasselbe Gericht, welches für jede dieser Sachen, abgesehen von der Connexität, als zuständig erscheint, bleibt auch ungeachtet der vorhandenen Connexität zuständig. Eine Ausnahme von dieser Regel findet

nur in denjenigen Fällen statt, in welchen die positiven Bestimmungen des gemeinen Rechts eine Streitsache wegen ihrer Connexität mit einer anderen an den Gerichtsstand der letzteren verweisen, oder aus Rücksicht auf den inneren Zusammenhang für mehrere Streitsachen einen eigenen Gerichtsstand anordnen. Das Letztere trifft zu in den Fällen, für welche das s. g. forum continentiae causarum eingeführt ist, wovon später besonders gehandelt werden wird. — Ersteres ist aber der Fall

1) bei Provocationen, welche bei dem Gerichte anzubringen sind, das für die provocirte Hauptklage zuständig ist;

C. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit. 25.

S. meine Theorie der summ. Proc. §. 55.

2) Bei Civilentschädigungs-Ansprüchen aus einem Criminaldelicte, indem es dem Beschädigten erlaubt ist, diese Ansprüche adhärirend auch bei dem Gerichte zu verfolgen, welches die Criminaluntersuchung leitet;

P. G. O. Art. 198 u. 207.

Vgl. Art. 12. 90. 99. 201.

3) Bei Deserviten-Forderungen eines Advocaten, welche auch bei dem Gerichte eingeklagt werden können, bei welchem der Proceß geführt wurde, für den die Deserviten gefordert werden.

Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten. S. 317.

4) Bei der Principalintervention, welche nur bei dem Gerichte stattfinden kann, bei welchem die Streitsache anhängig ist, in der der Dritte interveniren will.

Daß aber

5) das Possessorium und das Petitorium wegen des inneren Zusammenhanges immer bei demsel-

den Gerichte zu verhandeln seyen, wenn dasselbe auch bezüglich einer der beiden Streitfragen nicht competent wäre, läßt sich keineswegs behaupten.

C. 21. X. 2. 1.

K. G. O. v. 1555. II. 21. §. 2.

Nicht dagegen ist c. 10. C. 3. 1. u. c. 1. X. 2. 12.

Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten. S. 340—342.

Wohl aber dürfte

6) der exceptio remiss. ad eundem judicem dann Folge zu geben seyn, wenn ein Theilungsproceß zwischen einigen Theilhabern bei einem Gerichte bereits anhängig geworden wäre, und wenn noch vor der dort erfolgten Auseinandersetzung ein neuer Prätendent mit der Theilungsklage bei einem anderen Gerichte auftreten sollte,

arg. Fr. 1. D. 11. 2.

Auch in den bisher aufgezählten Fällen, mit Ausnahme der unter 1, 4 und 6 angeführten, ist übrigens der Gerichtsstand der Connexität nicht ausschließend begründet.

Ueber das Ganze sind zu vergleichen die mit eben so viel Gründlichkeit als praktischem Sinne geführten Untersuchungen von Dr. J. W. Planck, in dessen Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 33 flg. S. 312 — 343, besonders S. 339 und S. 530—534.

Abweichende Ansichten bei Brackenhöft, Erört. S. 245 flg. — Lotz, civil. Abhandl. Nro. 5. S. 135 flg. — Heffter, System. S. 187. Schmid, Handb. I. S. 111.

6) Gerichtsstand der Widerklage (*forum reconventionis*).

§. 70.

Dieser Gerichtsstand beruht auf dem Grundsatze:

„Wer einen Andern bei einem bestimmten Gerichte belangt, muß sich bei demselben auch von seinem Gegner belangen lassen, sey es auch, daß er sonst diesem Gerichte nicht unterworfen wäre."

Die allgemeine Regel: actor sequitur forum rei wird also hier geradezu umgekehrt; eine Abweichung, welche nur aus Gründen der Billigkeit erklärt werden kann.

Dr. Joh. B. Sartorius, die Lehre von der Widerklage. Erlang. 1838. §. 25. S. 218 flg.

Daß dieser Gerichtsstand nicht nur in den deutschen Reichsgesetzen und im canonischen Rechte begründet ist, sondern auch schon dem neueren Römischen Rechte bekannt war, kann mit Grund nicht bezweifelt werden.

c. 14. C. 7. 45.

Nov. 96. c. 2.

c. 6. X. 1. 43.

c. 3. in 6. 1. 3.

C. G. O. 1555. Thl. III. Tit. 30.

J. R. A. §. 46.

Vgl. über diese und andere hieher gehörige Stellen Sartorius a. a. O. S. 68—104.

Nach älterem Römischen Rechte zur Zeit des Formularprocesses bestand aber ein eigener Gerichtsstand dieser Art noch nicht, obgleich eine Widerklage schon dazumal, wenigstens in gewissen Fällen und unter gewissen Voraussetzungen, allerdings vorkommen konnte.

Sartorius a. a. O. S. 23. Nr. 1.

v. Savigny, System. Bd. VI. S. 330 flg.

Dieselben beiden Schriftsteller sind auch zu vergleichen über die Interpretation der c. 14. C. 7, 45. und zwar v. Savigny S. 338 flg. Sartorius S. 43 flg.

Schmid, Handb. I. S. 114. Not. 3.

Die Bedingungen der Zuläßigkeit des for. reconv. sind übrigens nach dem jetzigen gemeinen Rechte folgende:

1) Der Richter muß wenigstens für die Vorklage competent seyn. Ist er es nicht, nimmt aber dessenungeachtet die Vorklage an und theilt dieselbe dem Beklagten zur Einlassung mit, so kommt es darauf an, ob der Beklagte die Einlassung durch das Vorbringen der Einrede der Incompetenz verweigern, oder auf diese Einrede Verzicht leisten und sich der Jurisdiction dieses Gerichtes unterwerfen will. In dem ersten Fall kann er seine Gegenforderung auf dem Wege einer Widerklage begreiflicherweise hier nicht, oder etwa nur eventuell, nämlich auf den Fall der Verwerfung seiner Einrede anbringen. Im Falle einer Prorogation steht aber der Widerklage nichts im Wege, vorausgesetzt daß in dem gegebenen Falle eine wirksame Prorogation überhaupt zuläßig ist.

2) Der Gegenstand der Widerklage darf nicht seiner eigenthümlichen Beschaffenheit wegen der Jurisdiction des Richters gänzlich entzogen seyn. Die bloß subjective Incompetenz desselben in Bezug auf die Person des Widerbeklagten hindert jedoch die Begründung dieses Gerichtsstandes nicht.

3) Die Widerklage muß jedenfalls noch im Laufe des durch die Vorklage veranlaßten Verfahrens, und zwar nach gesetzlicher Vorschrift sogleich am Anfange des Ver-

fahrens in Verbindung mit der Einlassung auf die Vorklage vorgebracht werden.

Nov. 96. c. 2. (mox a principio.)
Clem. 2. 5. 11.
J. R. A. §. 45. 46.
Sartorius S. 403 flg.

Bloß zur Erhaltung des Gerichtsstandes allein wird jedoch gewöhnlich unter Bezug auf c. 3. in 6. 1. 3. und auf die C. G. O. v. 1555 Thl. III. Tit. 30 das Anbringen der Widerklage noch vor dem Beschlusse der Verhandlungen über die Vorklage für hinreichend gehalten. Bei einem Gerichte höherer Instanz kann übrigens das for. reconv. dadurch in keinem Falle begründet werden, daß der Beklagte erst im Appellationsprocesse mit einer Widerklage hervortritt.

Materielle Connerität der Widerklage mit der Vorklage ist jedoch nach gemeinem Rechte zur Begründung dieses Gerichtsstandes nicht nothwendig.

Nicht dagegen ist c. 14. C. 7. 45. („in eodem negotio"). Vgl. darüber Sartorius S. 323 flg.

Auch hindert der Umstand, daß für den Anspruch des Widerklägers ein besonderer Gerichtsstand an einem anderen Orte begründet ist (z. B. das for. rei sitae), den Gerichtsstand der Widerklage keineswegs, ausgenommen jener besondere Gerichtsstand wäre mit Ausschluß aller übrigen angeordnet.

Sartorius S. 252 flg.
Vgl. Heffter im Archiv für civil. Prax. Bd. X. S. 201 flg.

Aus diesem Grunde ist die Einreihung dieses Gerichtsstandes in die Classe der besonderen Gerichtsstände

im gewöhnlichen Sinne des Wortes mit Grund bestritten worden von

Brackenhöft, Erört. S. 251.

Eine Verbindlichkeit des Beklagten, seine Gegenforderung auf dem Wege der Reconvention gerade bei diesem Gerichtsstande zu verfolgen, wie solche in der Nov. 96 und in c. 3. in 6. 1. 3. ausgesprochen ist, und zwar mit der Bedrohung, daß der Beklagte widrigenfalls während der Dauer des Hauptprocesses seinen Gegenanspruch bei einem anderen Gerichte gar nicht anbringen dürfe, ist jedoch in der jetzigen Praxis nicht mehr anerkannt.

Goldschmidt, Abhandl. aus dem d. gem. Civilpr. S. 23 u. 29.

Schmidt, Handb. I. S. 117. Not. 25.

Sobald übrigens das for. reconv. in einem bestimmten einzelnen Fall einmal rechtlich begründet ist, — und dieses geschieht durch die Insinuation eines die Vorklage als statthaft mittheilenden Decrets an den Beklagten,

Lauk, im Arch. für civ. Prax. XII. S. 65 u. flg.

kann dasselbe dem Widerkläger durch Verzichtleistung des Vorklägers auf die Fortsetzung seiner Klage nicht mehr entzogen werden.

Pufendorf, Obs. IV. 200.

7) Gerichtsstand des Arrestes.

§. 71.

Um zu einer klaren Auffassung dieses Gerichtsstandes zu gelangen, sind folgende zwei Fragen zu unterscheiden:

1) Welches Gericht ist competent zur Verhängung des Arrestes, und

2) bei welchem Gerichte ist die Hauptsache selbst, d. h. der Anspruch des Gläubigers, zu dessen Sicherstellung der Arrest verfügt worden ist, zu verhandeln und zu entscheiden?

Zu 1): Hinsichtlich der ersten Frage ist zwar im Allgemeinen die Regel festzuhalten, daß das Arrestgesuch bei dem ordentlichen Richter des Schuldners, also zunächst in foro domicilii angebracht werden muß. Wenn jedoch der Schuldner entweder a) zur Zeit kein Domicil hat, oder wenn b) unter den gegebenen Verhältnissen mit Grund zu besorgen ist, daß der ordentliche Richter die nöthige Hülfe nicht leisten kann, oder nicht leisten will; so kann das Arrestgesuch bei jedem Gerichte angebracht werden, in dessen Bezirke sich der Schuldner persönlich betreten läßt, oder wo der Gläubiger Vermögen desselben findet.

Zu 2): Die zweite Frage wird nicht selten mit der Behauptung beantwortet, daß zur Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache immer dasjenige Gericht competent sey, welches vorher zur Sicherstellung des Gläubigers den Arrest verfügt hat, wenn es auch sonst für die Hauptsache nicht zuständig seyn sollte, und in dieser Beziehung spricht man vorzugsweise von dem forum arresti. Diese Behauptung trifft nun zwar allerdings dann zu, wenn der Schuldner entweder zur Zeit kein ordentliches Forum hat, oder wenn von demselben unter den obwaltenden Umständen keine Rechtshülfe erwartet werden kann. Außerdem aber muß die Hauptsache nach verfügtem Arreste an das ordentliche Gericht verwiesen werden.

R. A. v. 1570. §. 84.

R. A. v. 1594. §. 81. a. E.

Uebrigens liegt selbst in denjenigen Fällen, in wel-

chen die oben angeführte Behauptung zutrifft, der Grund der Competenz des arrestverhängenden Gerichts für die Hauptsache keineswegs in der Thatsache der Arrestverhängung, sondern in dem Nothstande, welcher hier den Satz rechtfertiget: „Ubi te reperio ibi te judico;“ weil man ohne Zweifel z. B. einen flüchtigen Schuldner bei dem Gerichte des Ortes, wo man ihn einholt, sogleich in der Hauptsache selbst belangen könnte, ohne vorher einen Arrest wider ihn ausgewirkt zu haben.

v. Krüll, Prüfung einz. Theile des bürgerl. Rechts. Landshut, 1802. Bd. IV. Abh. 3.

Linde, Lehrb. §. 96. a. E.

Privilegirte Gerichtsstände.

§. 72.

Man unterscheidet zweierlei Arten solcher Gerichtsstände; nämlich

I. gefreite Gerichtsstände von Personen, welche zur Auszeichnung oder Begünstigung gewisser Stände, — und

II. gefreite Gerichtsstände von Sachen, welche — ohne Rücksicht auf die dabei betheiligten Personen — bloß für gewisse Classen von Rechtsstreitigkeiten eingeführt worden sind.

Die Frage, welche Personen und welche Sachen gegenwärtig eine Befreiung dieser Art genießen, ist zunächst nach den Particulargesetzen der einzelnen deutschen Staaten zu beantworten, welche in vielfacher Beziehung von den Bestimmungen des gemeinen Rechtes abweichen, und auch unter sich nicht übereinstimmen.

Nach gemeinem Rechte steht ein privilegirter Gerichtsstand nur folgenden Personen zu:

1) den Mediatisirten in Gemäßheit der deutschen Bundesacte Art. 14. Nro. 3. — Hinsichtlich der näheren Bestimmung dieses gefreiten Gerichtsstandes verweist die Bundesacte auf die königl. bayerische Declaration vom 19 März 1807, welche hiebei als Basis und Norm dienen soll.

Daß auch die Mitglieder der regierenden deutschen Häuser einen privilegirten Gerichtsstand genießen, versteht sich hiernach von selbst. — In einigen deutschen Staaten ist dieser Gerichtsstand durch eigene Einrichtungen näher bestimmt, z. B. in Bayern durch das königl. Familienstatut vom 5 August 1819. Tit. X. §. 1. Wo dieses der Fall nicht ist, können dieselben jedenfalls den Gerichtsstand in Anspruch nehmen, welcher den Mediatisirten eingeräumt ist.

Weiter geht Zachariä im Arch. für civ. Prax. I. S. 96 flg.

Der Souverain selbst ist übrigens in Privatsachen keinem Gerichtsstande unterworfen.

Brackenhöft, Erört. S. 256. Not. 4.

Ueber die Gerichtsstands-Verhältnisse der bisher genannten Personen vor der Auflösung der deutschen Reichsverfassung s.

Danz, Grundſ. des Reichsger. Proc. §. 217.

v. Gönner, deutsch. Staatsrecht §. 317.

2) Außer den Mediatisirten ist ein privilegirter Gerichtsstand auch noch überhaupt dem ehemaligen Reichsadel zugesichert; die nähere Bestimmung hierüber ist aber den Landesgesetzen vorbehalten.

D. B. A. Art. 14 a. E.

3) Geistliche haben ebenfalls einen privilegirten Gerichtsstand bei den geistlichen Gerichten, und zwar schon nach den Bestimmungen des Justinianischen Rechtes,

Nov. 79 u. 83; dann Nov. 123. c. 8. 21—24.

welche durch das canonische Recht,

c. 1. 12. 18. X. 2. 2.

so wie durch die deutschen Reichsgesetze

Auth. „Statuimus" C. 1. 3.

im Wesentlichen bestätiget wurden.

Vgl. darüber: Glück, Comm. Bd. VI. S. 358 flg.
Brackenhöft, Erört. S. 257. Not. 5 bis 8.

In neuerer Zeit ist jedoch der befreite Gerichtsstand der Geistlichen in rein bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten beinahe allenthalben erloschen.

Vgl. Walter, Kirchenrecht §. 178.
Dr. Mich. Permaneder, Handb. des kathol. Kirchenrechts. 2te Aufl. Landshut 1853. S. 523.

4) Die akademischen Bürger erhielten einen privilegirten Gerichtsstand „coram domino vel magistro suo, vel ipsius civitatis episcopo" von Friedrich I.

Auth. „Habita" C. 4. 13.

In der späteren Zeit wurde jedoch diese Gerichtsbarkeit nur von den Rectoren ausgeübt und in der neuesten Zeit in den meisten deutschen Staaten — in Beziehung auf eigentliche Civilstreitigkeiten entweder gänzlich aufgehoben, oder bedeutend modificirt.

Außerdem kommen zwar schon im Röm. Rechte auch Bestimmungen über den Gerichtsstand der senatores und clarissimi, so wie der Militärpersonen vor;

Cod. III. 24. u. 25.

allein diese Bestimmungen können gemeinrechtlich höchstens in so fern in Betracht kommen, als durch dieselben der allgemeine Gedanke angeregt wurde, daß den höheren

Civilbeamten und Militärpersonen ein besonderer Gerichtsstand gebühre. Eine Anwendung der speciellen römischrechtlichen Vorschriften ist jedoch bei gänzlich veränderten Standes- und Verfassungs-Verhältnissen nicht mehr möglich.

Brackenhöft, Erört. S. 258.

Von den Gesandten kann eigentlich nicht gesagt werden, daß ihnen ein privilegirter Gerichtsstand zukomme, weil sie vermöge ihrer völkerrechtlichen Stellung überhaupt der Gerichtsbarkeit des Staates, in welchem sie accreditirt sind, nicht unterworfen sind.

Zu den Sachen, welche nach gemeinem Rechte an besondere, privilegirte Gerichtsstände verwiesen sind, gehören folgende:

1) *Causae fiscales* — schon nach Röm. Rechte.

C. III. 26.

Heffter, System §. 51. Not. 98.

Die näheren Bestimmungen des Röm. Rechtes über diesen Gerichtsstand sind jedoch heutzutage wegen der veränderten Verfassung nicht mehr anwendbar.

2) *Causae ecclesiasticae*, welche vor die geistlichen Gerichte gehören. Der Kreis dieser Sachen war in früheren Zeiten sehr ausgedehnt, indem nicht bloß Streitigkeiten über rein religiöse Gegenstände, sondern auch über solche, welche zugleich bürgerliche Rechtsverhältnisse betreffen, denselben beigezählt wurden, insbesondere Ehestreitigkeiten, Processe über eheliche Abstammung, Testamente, Zehnten u. s. w. Seit dem sechzehnten Jahrhundert ist jedoch die geistliche Gerichtsbarkeit in solchen Angelegenheiten, welche nicht rein geistlicher oder kirchlicher Natur sind, nicht bloß in protestantischen, sondern auch in katholischen Ländern sehr beschränkt worden. Nur

Ehestreitigkeiten gehören in der Regel auch jetzt noch vor die geistlichen Gerichte.

Walter, Kirchenrecht §. 176.

Permaneder a. a. O. S. 515—523.

3) *Causae feudales*, d. h. Streitigkeiten über das Daseyn des Lehennerus, oder über die aus einem bestehenden Lehennerus entspringenden rechtlichen Folgen, welche vor die Lehenhöfe gehören.

I. F. 22. 26.

II. F. 22. 55. §. 5.

Paetz, Lehenr. §. 80 flg.

Brackenhöft, Erört. S. 260. Not. 12—15.

In einzelnen deutschen Staaten sind übrigens auch noch für andere Kategorien von Streitsachen eigene Gerichtshöfe angeordnet, z. B. für Bergsachen, Handels- und Wechselsachen, Seesachen u. dgl.

Allgemeine Grundsätze in Ansehung der privilegirten Gerichtsstände.

§. 73.

I. Der gefreite Gerichtsstand einer Person vertritt für diese die Stelle des Gerichtsstandes des Wohnortes. — Wenn sich daher

1) eine Sache ihrer Beschaffenheit nach vor ein forum privil. ratione causae eignet, so kann sich der persönlich Privilegirte hier eben so wenig mit der Einrede schützen, daß ihm ein gefreiter Gerichtsstand zustehe, als der Nichtprivilegirte mit der Einwendung, daß er anderswo sein Domicil habe; — m. a. W. — das pri.

vilegium causae geht im Collisionsfalle dem privil. personae vor.

c. 6. u. 7. X. 2. 2.

v. Grolman, §. 51.

Aus demselben Grunde kann

2) ein persönlich Privilegirter die Einlassung bei einem forum commune speciale, z. B. rei sitae, contractus u. dgl. nicht verweigern. — Denn die fora specialia concurriren in der Regel auch mit dem foro dom.

Fr. 36. §. 1. D. 5. 1.

Indeß sind doch hiebei einige Modificationen zu bemerken. Wenn nämlich

a) das forum speciale in dem Bezirke des privilegirten Gerichtes selbst liegt, so muß die Klage bei dem privilegirten Gerichte angebracht werden. — Ist aber

b) das specielle forum außer dem Kreise des gefreiten Gerichtes begründet, so hat zwar der Kläger die Wahl, den Privilegirten bei seinem gefreiten Gerichte oder bei dem for. speciale zu belangen; und der Privilegirte kann das Erste nicht forbern. — Allein dazu dürfte er doch berechtiget seyn, zu verlangen, daß auch außerhalb des Bezirkes des privilegirten Gerichtes das Instanzenverhältniß beobachtet werde, worauf er kraft seiner Befreiung Anspruch hat.

c. 1. in 6. 5. 7.

Vgl. Brackenhöft, Erört. S. 240 u. 241.

c) Gegen das forum reconventionis schützt ein persönliches Gerichtsstandsprivilegium gar nicht, jenes forum mag nun innerhalb oder außerhalb des privilegirten Bezirkes begründet seyn.

Leyser, med. sp. 123. med. 7.

II. Insofern ein persönlich gefreiter Gerichtsstand bloß zum Vortheil der begünstigten Personen eingeführt ist, können diese auch darauf renunciren, und sich in foro comm. auf einen Streit einlassen. Außerdem aber nicht. Daher ist es den Geistlichen untersagt, sich einem weltlichen Richter zu unterwerfen.

c. 12. X. 2. 2.

III. Die Gerichtsstandsprivilegien sind zwar, wie alle Privilegien, strenge zu interpretiren; indeß kommt doch das privilegirte forum des Mannes auch der Frau und den ehelich erzeugten Kindern zu statten, selbst dann, wenn in dem Privilegium diese Ausdehnung nicht ausgedrückt wäre;

c. 13. C. 12. 1.

Pufendorf, obs. II. obs. 93.

ja die Frau genießt dieses Privilegium auch noch nach dem Tode ihres Mannes, bis sie zu einer weiteren Ehe schreitet.

Fr. 22. §. 1. D. 50. 1.

Das Gesinde hat aber keinen Anspruch darauf.

Nicht dagegen ist die Auth. „Habita“ C. 4. 13. Brackenhöft, Erört. S. 207. Not. 2. A. M. Glück VI. S. 244 flg.

IV. Im Auslande können die Ansprüche auf einen persönlich gefreiten Gerichtsstand nicht geltend gemacht werden.

Rechtsgutacht. d. Heidelb. Spruchcoll. I. S. 289.

Außerordentlicher Gerichtsstand.

A. Gerichtsstand mitleidswürdiger Personen.

§. 74.

Dieser Gerichtsstand beruht auf einer Verordnung von Kaiser Constantin dem Großen, worin derselbe bestimmte:

1) wenn Unmündige, Wittwen, an langwierigen Krankheiten leidende oder gebrechliche Personen unmittelbar vor dem Kaiser selbst belangt würden, so sollen sie doch nicht schuldig seyn, sich vor dem princeps zu stellen, sondern sie sollen das Recht haben, zu verlangen, daß die Sache in ihrer Provinz verhandelt und entschieden werde; — dagegen sollen sie

2) selbst ihre Rechtsstreitigkeiten, — ohne Unterschied, sie seyen Kläger oder Beklagte, — mit Uebergehung der ordentlichen Richter sofort an den Regenten bringen dürfen.

c. un. C. 3. 14.

Aus dieser Verordnung hat man nun den Satz abgeleitet, mitleidswürdige Personen seyen nicht an die Gerichte und das gewöhnliche Instanzenverhältniß gebunden, sondern könnten sich unmittelbar an die Person des Landesherrn selbst wenden. Allein hiergegen ist Folgendes zu erinnern:

a) In dem ersten Theile jener Verordnung (Nro. 1.) lag zwar ursprünglich allerdings eine Begünstigung hülfloser Personen, weil sonst in der Regel Niemand die Einlassung vor dem kaiserlichen Gerichte verweigern konnte. Daß aber durch diese Begünstigung ein forum extraord. in unserem Sinne entstand, läßt sich nicht behaupten, indem ja keine Instanz übersprungen, sondern vielmehr umgekehrt

die Sache durch den Gebrauch jenes Privilegiums von Seite der hülflosen Person an die ordentliche erste Instanz zurückgebracht wurde. — Durch Justinians Vorschrift in der Nov. 86, daß künftighin in der Regel überhaupt keine Klage mehr unmittelbar an den Kaiser gebracht werden dürfe, ist übrigens die c. un. C. cit. in dieser Hinsicht für hülflose Personen überflüssig geworden.

b) Was aber den zweiten Theil jener Verordnung betrifft, so enthielt aa) die Bestimmung, daß sich mitleidswürdige Personen als Kläger unmittelbar an den Kaiser sollen wenden dürfen, ursprünglich gar kein Privilegium, weil Dieses nach der damaligen Verfassung Jedermann erlaubt war. Erst unter Justinian nahm dieselbe die Natur einer besondern Begünstigung an, weil durch die Nov. 86. (welche als eine lex generalis die specielle c. un. C. cit. nicht aufhob) die Regel aufgestellt wurde, daß man immer zuerst die Provincialgerichte, und nicht den Kaiser selbst anrufen soll. — Hingegen bb) die Erlaubniß, daß sich hülflose Personen auch dann, wenn sie vor ihrem ordentlichen Provincialgerichte verklagt worden wären, diesem Gerichte entziehen und den Streit sogleich bei dem Kaiser selbst sollten anhängig machen dürfen, war allerdings schon anfänglich eine besondere Begünstigung, weil ein solcher Absprung von dem ordentlichen Gerichte sonst in der Regel keinem Beklagten gestattet war.

c) Nach der Nov. 86. bestand also der Vorzug hülfloser Personen darin, daß sie aa) sogleich vor dem Kaiser klagen, und bb) wenn sie bei einem Unter-

gerichte belangt worden waren, die Sache ebenfalls an den Kaiser ziehen durften.

Nach der jetzigen Gerichtsverfassung sind jedoch diese Bestimmungen unanwendbar, weil überhaupt streitige Rechtssachen nicht mehr von dem Regenten persönlich entschieden werden. Gleichwohl hat sich die in jenen Bestimmungen enthaltene Begünstigung hie und da in der Art erhalten, daß mitleidswürdige Personen den Rechtsstreit sofort an die höchste Gerichtsinstanz bringen dürfen. In den meisten Ländern ist dieser Gerichtsstand gänzlich aufgehoben.

Vgl. Weber Beitr. zu Kl. u. Einr. II. Abh. 12.
Glück, Comm. VI. §. 522.
In historischer Beziehung: Zimmern R. G. III. §. 31.

B. Gerichtsstand der Einheit des Klagegrundes.
(*Forum continentiae causarum.*)

pg 120

§. 75.

Man unterscheidet zwei Arten dieses Gerichtsstandes, das f. ex. id. personali und reali. — Das erste hängt mit der Lehre von der passiven Streitgenossenschaft zusammen. Wenn nämlich Mehrere aus demselben Grunde verpflichtet sind, so ist es, wie bereits früher bemerkt wurde, dem Kläger erlaubt, sie miteinander in einer und derselben Klageschrift zu belangen. Von dieser Erlaubniß würde er jedoch dann keinen Gebrauch machen können, wenn jeder Verpflichtete einem anderen Gerichte unterworfen wäre, und sich für die anzustellende Klage kein forum erster Instanz ausmitteln ließe, bei dem sie alle gemeinschaftlich in Anspruch genommen werden könnten. Damit nun aber der Kläger auch in diesem Falle der

ihm sonst zugestandenen Erleichterung seiner Rechtsverfolgung nicht verlustig werde, ist es ihm gestattet, die verschiedenen Untergerichte zu überspringen und die Klage bei demjenigen Obergerichte anzustellen, welchem jene Untergerichte zunächst gemeinschaftlich untergeordnet sind. Bei diesem Obergerichte ist sodann jenes for. extraord. begründet.

Die erste Veranlassung zur Einführung dieses Gerichtsstandes gab eine (freilich nicht richtig verstandene) Vorschrift des Röm. Rechtes. — Weil nämlich in der c. 10. C. De judiciis (3. 1.) bestimmt ist, daß die continentia causae nicht getrennt werden soll, und weil man in dem Falle, wenn mehrere Personen einem Andern aus demselben Grunde verpflichtet sind, auch eine continentia der gegen jeden einzelnen Schuldner begründeten Klagen annehmen zu müssen glaubte; — so hielt man es für nothwendig, auch alle diese einzelnen Klagen an das nämliche Gericht zu verweisen, selbst dann, wenn vielleicht nach den allgemeinen Grundsätzen über die Competenz für jede dieser Klagen ein anderes Gericht als zuständig erscheinen sollte.

Hinsichtlich der Frage, welches Gericht als das gemeinschaftlich zuständige bezeichnet werden soll, befand man sich zwar in Verlegenheit, weil sich die Vorschrift des Röm. Rechts über das „mittere ad eundem judicem" (nach Lib. 11. Tit. 2. Dig.) wegen der veränderten Gerichtsverfassung nicht mehr anwenden ließ. Bei den höchsten Reichsgerichten wurde diese Verlegenheit auch noch durch die eigenthümlichen Competenz-Verhältnisse dieser Gerichte und durch das Institut der besonderen Austräge vermehrt. Dessenungeachtet hielt man aber den allgemeinen Grundsatz über die continentia causae fest, und der Gerichtsgebrauch suchte denselben ins-

besondere bei dem Reichskammergerichte dadurch zu realisiren, daß in einem Falle der obenbezeichneten Art dem Berechtigten gestattet wurde, die Klage gegen alle — aus demselben Grunde Verpflichteten — selbst mit Umgehung der besonderen Austräge unmittelbar bei dem Kammergerichte anzubringen. — Dieser Gerichtsgebrauch erhielt auch ungeachtet der von mehreren Seiten dagegen erhobenen Bedenken die reichsgesetzliche Bestätigung.

Vgl. R. A. v. 1570. §. 77.
R. D. A. v. 1600. §. 23 u. 24.
Planck, Mehrheit der Rechtsstr. S. 330 flg.

Die gemeinrechtliche Gültigkeit dieses Gerichtsstandes ist zwar in der neuesten Zeit vorzüglich aus dem Grunde bezweifelt worden, weil die besonderen Verhältnisse, auf welche sich der D. A. von 1600 §. 23 und 24 bezieht, gegenwärtig nicht mehr bestehen.

Mittermaier, im Arch. f. civ. Pr. Bd. II. S. 121.
Brackenhöft, Erört. S. 261 flg. (welcher übrigens S. 262. Not. 7 u. 8 auch noch einen allgemeinen Grund hinzufügt).

Da jedoch die Grundlage dieses Gerichtsstandes (continentia causae) von jeher, unabhängig von der Reichsgesetzgebung, in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis anerkannt war; da ferner das für das Kammergericht angeordnete Auskunftsmittel analog auch bei Territorialgerichten anwendbar war, und auch wirklich in den meisten deutschen Particularrechten recipirt wurde; da endlich auch nicht behauptet werden kann, daß dieser Gerichtsstand durch das Vorhandenseyn specieller Gerichtsstände immer überflüssig gemacht werde; — so ist jenem Bedenken kein entscheidendes Gewicht beizulegen.

Planck a. a. O. S. 333 flg.

Die Anwendbarkeit dieses Gerichtsstandes ist übri-

gens durch das Zusammentreffen folgender Umstände bedingt:

a) Es müssen Jemanden mehrere Klagen gegen verschiedene Personen zustehen;

b) diese Klagen müssen persönliche seyn, und

c) aus demselben rechtlichen und historischen Fundamente entspringen;

d) jeder der Verpflichteten muß einem andern Untergerichte (als forum domicilii) unterworfen, und

e) diese verschiedenen Untergerichte müssen demselben Obergerichte subordinirt seyn. Sollte jedes Untergericht zunächst unter einem anderen Obergerichte stehen, so würde das forum continentiae bei dem obersten Gerichtshofe des Landes begründet seyn, vorausgesetzt, daß sich nach der Gerichtsverfassung des Landes das Gericht letzter Instanz mit processualischen Functionen der Untergerichte befassen darf. Außerdem könnte ein gemeinschaftliches Gericht nur durch Delegation geschaffen werden. Wenn sich die mehreren Untergerichte in verschiedenen deutschen Staaten befinden, so ist heutzutage der Gerichtsstand der Continenz gar nicht mehr anwendbar.

Zur näheren Bestimmung dieses Gerichtsstandes sind endlich noch folgende Sätze zu bemerken:

1) Nach den angeführten Grundsätzen wird hiebei keineswegs ein absolut unzuständiges Gericht competent; sondern es wird nur die Competenz eines Obergerichts anticipirt, welches für die in Frage stehenden Streitsachen in Folge der Appellation allerdings noch hätte competent werden können.

2) Der außerordentliche Gerichtsstand der Continenz tritt nur aushülfsweise, d. h. nur dann ein, wenn sich

J. a. I. C ...

kein besonderer Gerichtsstand erster Instanz finden läßt, welcher für alle einzelnen Klagen zuständig wäre. —

3) Auch wird gewöhnlich dem Kläger gestattet, auf diesen Gerichtsstand Verzicht zu leisten, und jeden Verpflichteten bei dessen Forum erster Instanz besonders zu belangen; obgleich diese Concession mit der ursprünglichen Auffassung der c. 10. C. De judiciis nicht im Einklange steht.

Fortsetzung.

§. 76.

Dem persönlichen Gerichtsstande der Continenz wird gewöhnlich der dingliche an die Seite gestellt, welcher in dem Falle stattfindet, wenn Jemand mit einer dinglichen Klage mehrere, in verschiedenen Untergerichtsbezirken zerstreut liegende Sachen in Anspruch nehmen will. Auch in diesem Falle wird nämlich dem Kläger erlaubt, mit Uebergehung der verschiedenen Untergerichte die Klage bezüglich aller Sachen bei dem nächst höheren gemeinschaftlichen Obergerichte anzubringen. — Zwar ist hier dieser Ausweg nicht durch eine ausdrückliche, reichsgesetzliche Vorschrift bestätigt worden, wie in dem Falle einer persönlichen Continenz, obgleich es an Anregung hiezu keineswegs gefehlt hatte;

R. A. v. 1570 §. 77.

Dub. cameral. übergeben dem Reichstage zu Regensburg 1594; insbesondere dub. 8.

D. A. v. 1600 §. 140.

Planck a. a. O. S. 331 flg.

und aus diesem Grunde ist die gemeinrechtliche Gültigkeit dieses Gerichtsstandes in neuerer Zeit von mehreren Seiten widersprochen worden.

Martin, Lehrb. §. 58.

Mittermaier im Arch. Bd. II. S. 148.

Auch die früh. Aufl. gegenwärt. Vorträge S. 149.

Da sich jedoch die Gründe, wegen welcher dieser Gerichtsstand die reichsgesetzliche Sanction nicht erhielt, bloß auf die eigenthümlichen Verhältnisse bei dem Reichskammergerichte bezogen, das Kammergericht aber dessenungeachtet auch nach dem Jahre 1600 noch in Fällen der bezeichneten Art Processe erkannte, und dieser Gerichtsgebrauch auch in die Particularstaaten überging, ja selbst von den meisten Particulargesetzgebungen recipirt wurde, so ist der Fortbestand desselben mit Grund nicht zu bestreiten. Auch läßt sich nicht behaupten, daß das for. contin. real. überflüssig sey, indem dasselbe nicht nur in solchen Ländern, in welchen das for. rei sitae exclusiv begründet ist, sondern auch da, wo mit diesem Gerichtsstande das for. domicil. concurrirt, zuweilen wesentliche Vortheile gewähren kann.

Planck a. a. O. S. 333 und S. 348 flg.

Schmid, Handb. I. S. 124 flg.

Außer den bisher angeführten Fällen kann auch noch ein for. extraord. eintreten

1) wenn das ordentliche Gericht mit Grund perhorrescirt wird;

2) wenn dasselbe die Justiz hartnäckig verweigert oder verzögert;

3) wenn die Competenz zwischen zwei oder mehreren Untergerichten streitig, oder

4) das ordentliche Gericht nicht gehörig besetzt ist, — oder der judex ordin. als Kläger in propria causa urtheilen müßte.

Um jedoch den Parteien keine Instanz zu entziehen, werden jetzt in diesen Fällen gewöhnlich Commissarien ernannt.

Prorogirter Gerichtsstand.

§. 77.

Dem Wortsinne zufolge würde unter Prorogation (von prorogare, — verlängern, erweitern) in der hier in Betracht kommenden Beziehung jede Erweiterung der Competenz eines bestimmten Gerichts auf einen Fall zu verstehen seyn, welcher nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen nicht zu dem Wirkungskreise dieses Gerichtes gehörte. In diesem Sinne könnte eine Prorogation nicht bloß durch Uebereinkunft der streitenden Theile, sondern auch durch eine Anordnung des Staatsoberhauptes (Delegation) bewirkt werden; ja sie tritt zuweilen schon in Folge einer unmittelbaren gesetzlichen Bestimmung ein (bei der Widerklage).

Der herkömmliche Sprachgebrauch beschränkt jedoch den Begriff der Prorogation nur auf den Fall, wenn die Competenz eines Gerichtes durch Uebereinkunft der streitenden Theile erweitert wird, d. h. man versteht unter Prorogation in dieser Beziehung die freiwillige Unterwerfung der Parteien unter ein außerdem unzuständiges Gericht, und gebraucht daher den Ausdruck for. prorogatum als gleichbedeutend mit forum pactitium (gewillkürter Gerichtsstand). Das Römische Recht bedient sich zwar zur Bezeichnung dieses Verhältnisses des Ausdruckes prorogare nicht,

Fr. 2. §. 2. D. 5. 1.

sondern erst das canonische Recht;

c. 32. 40. X. 1. 29.

allein die Sache selbst ist allerdings schon dem Röm. Rechte bekannt.

Fr. 1. D. 5. 1.

Nicht zu verwechseln ist übrigens die Prorogation mit der Wahl eines Schiedsrichters, welcher, als Privat-

mann, überhaupt keine Gerichtsbarkeit hat, bei dem also auch von einer Erweiterung derselben nicht die Rede seyn kann.

c. 3. C. 3. 13.

Die Zulässigkeit der Prorogation hängt von verschiedenen, theils subjectiven, theils objectiven Voraussetzungen ab.

In subjectiver Hinsicht sind folgende Sätze zu bemerken:

1) Beide Parteien müssen darüber einig seyn, daß ihre Streitsache von einem bestimmten, sonst unzuständigen Richter verhandelt und entschieden werden soll: — und der Consens darf auf keiner Seite einen wesentlichen Mangel haben.

Fr. 15. D. 2. 1.

Fr. 2. D. 5. 1.

Der Umstand aber, daß der Beklagte für seine Person einen privilegirten Gerichtsstand genießt, hindert die Prorogation keineswegs, weil der Privilegirte auf sein Vorrecht Verzicht leisten kann.

c. 29. C. 2. 3.

c. 51. C. 1. 3.

Nur Geistlichen ist durch das canonische Recht untersagt, sich einem weltlichen Richter zu unterwerfen;

c. 12. X. 2. 2.

was jedoch heutzutage in denjenigen Ländern, in welchen die Geistlichen gemäß bestehender Concordate in bürgerlichen Streitsachen nur den weltlichen Gerichten unterworfen sind, keine praktische Bedeutung mehr hat.

2) Auf welche Art der Consens zu erkennen gegeben werden müsse, ist nach gemeinem Rechte streitig. Einige halten die bloße Verabredung der streitenden Theile allein nicht für hinreichend, sondern fordern außer-

dem auch noch, daß der Kläger den unzuständigen Richter bereits angerufen, und der Beklagte sich ohne Widerrede vor demselben eingelassen habe.

Bis dahin gestatten sie jeder Partei den freien Rücktritt zu dem ordentlichen Richter.

Andere legen schon der vertragsmäßigen Uebereinkunft allein eine bindende Kraft für die Parteien bei.

Glück, Comm. III. S. 211 flg. und die dortselbst Angeführten.

Nach Justinianischem Rechte sprechen überwiegende Gründe, insbesondere c. 29. C. 2. 3. für die Richtigkeit der letzteren Ansicht.

Schmid, Handb. I. S. 131.

Brackenhöft, Erört. S. 265 flg.

In Bezug auf das frühere Röm. Recht führt aber eine unbefangene Auslegung des Fr. 18. D. 2. 1. allerdings zu dem Resultate, daß dazumal vor der wirklichen Anrufung des Richters immer noch eine einseitige Willensänderung zulässig war.

S. die vorige Auflage gegenw. Vortr. S. 153.

Wenn übrigens der Kläger vor einem incompetenten Richter Klage stellt, und der Beklagte sich ohne Widerrede einläßt, so wird jedesmal eine stillschweigende Prorogation angenommen, auch wenn der Klagestellung keine besondere Uebereinkunft bezüglich des Gerichtsstandes vorausgegangen war.

3) Außer der Uebereinkunft der streitenden Theile ist zur wirklichen Prorogation auch noch erforderlich, daß der Richter, welcher dadurch zuständig werden soll, die Annahme der Sache nicht ausdrücklich verweigert. Denn eine Verbindlichkeit, das ihm übertragene Richteramt auch außerhalb des ihm angewiesenen Wirkungskreises auszuüben, kann ihm nicht zugemuthet werden. Hat er

sich jedoch in der irrigen Meinung, competent zu seyn, dem Geschäfte unterzogen, so wird dadurch die Prorogation nicht unwirksam.

Fr. 2. §. 1. D. 5. 1.

4) Auf die Zustimmung des ordentlichen, d. h. desjenigen Richters, welcher, wenn keine Prorogation stattgefunden hätte, in dieser Sache der zuständige Richter gewesen wäre, kommt jedoch gegenwärtig nichts mehr an; selbst dann nicht, wenn die Gerichtsbarkeit dieses ordentlichen Richters eine patrimoniale ist, oder, wenn dem ordentlichen Richter die Gerichts-Sporteln anstatt der Besoldung zugewiesen sind.

Glück a. a. O. III. S. 256.

Vgl. jedoch Brackenhöft, Erört. S. 268. Not. 16.

In objectiver Beziehung wird zu einer gültigen Prorogation vorausgesetzt:

1) daß die Streitsache, bezüglich welcher die Parteien prorogiren wollen, nicht ihrer eigenthümlichen Beschaffenheit halber aus Gründen des öffentlichen Rechtes an ein bestimmtes, ausschließend für solche Sachen angeordnetes Gericht verwiesen sey;

arg. c. 5. X. 2. 1.

c. 6. u. 7. X. 2. 2.

2) Um in einer streitigen Civilsache mit Erfolg prorogiren zu können, muß der gewählte Richter Civiljurisdiction besitzen. Ist ihm bloß die Ausübung der Criminalgerichtsbarkeit übertragen, so findet die Prorogation nicht statt.

Fr. 61. §. 1. D. 5. 1.

3) Besitzt er aber Civiljurisdiction, so hindert der Umstand die Prorogation nicht, daß ihm dieselbe zunächst nur für gewisse Classen von Personen übertragen ist,

wenn er nur in allen ihren Streitangelegenheiten zuständig ist.

c. 1. C. 3. 13.

Nicht dagegen ist:

c. 2. u. 4. C. 7. 48.

Schmid, Hdb. I. S. 127. Not. 12.

Wenn aber das gewählte Gericht ausschließend nur für eine bestimmte Classe von Sachen angeordnet wäre, so kann eine — nicht in diese Classe gehörige Streitsache durch Prorogation nicht an dasselbe gebracht werden.

Schmid a. a. O. S. 126. Not. 9.

Die bloße Beschränkung der Jurisdiction eines Gerichtes auf eine gewisse Streitsumme schließt jedoch die Zulässigkeit der Prorogation in Sachen, welche eine größere Summe betreffen, nicht aus.

Fr. 74. §. 1. D. 5. 1.

Fr. 28. D. 50. 1.

Ein bloß für eine bestimmte einzelne Sache delegirtes Gericht kann durch Prorogation für eine andere Streitsache nicht competent werden.

c. 40. X. 1. 29.

Wenn jedoch der delegirte Richter außerdem auch die ordentliche Gerichtsbarkeit besitzt, so steht der conventionellen Erweiterung der letzteren nichts im Wege. Auch läßt sich bei der Allgemeinheit der Vorschrift des Fr. 1. D. 5. 1. nicht behaupten, daß ein Gericht höherer Instanz durch Prorogation für eine Sache nicht zuständig werden könne, welche der Ordnung gemäß bei einem Gerichte niederer Instanz hätte angebracht werden sollen.

Die Frage aber, ob auch ein auswärtiges Gericht (in oder außerhalb dem deutschen Bundesgebiete) mit Erfolg prorogirt werden könne, hängt gegenwärtig von den staatsrechtlichen und völkerrechtlichen Bestimmungen

in den einzelnen Bundesstaaten ab. — Ueber die frühe- ren Verhältnisse in dieser Hinsicht s. Glück Comm. III. S. 252. flg.

Die Wirkung einer gehörig geschehenen Prorogation besteht darin, daß das prorogirte Gericht in alle Rechte und Verbindlichkeiten des gesetzlich zuständigen eintritt, folglich in Ansehung des Verfahrens dieselben Vor- schriften zu beobachten hat, wie dieses, — sich den Ge- brauch aller Rechtsmittel gegen seine Decrete und Ver- fügungen gefallen lassen muß, hingegen aber auch das Urtheil selbst exequiren kann.

Vergl. über die ganze Lehre: Busch im Archiv für civ. Prax. Bd. XIX. Hft. 1.

Concurrenz mehrerer Gerichtsstände.

§. 78.

Bei der großen Anzahl von Gerichtsständen, welche der bisherigen Darstellung zufolge das gemeine Recht kennt, und bei der Verschiedenheit der Rücksichten, nach welchen die Zulässigkeit eines jeden dieser Gerichtsstände bestimmt ist, kann es sich leicht ereignen, daß für die- selbe Streitsache mehrere Gerichte als zuständig erscheinen. Ein solches Zusammentreffen oder Begründetseyn mehre- rer Gerichtsstände für eine und dieselbe Sache nennt man Concurrenz, wobei jedoch vorausgesetzt wird, daß die Competenz der mehreren Gerichte gleichzeitig, und zwar schon zu der Zeit begründet sey, da die Klage an- gestellt werden soll.

In dem Falle einer solchen Concurrenz ist nun so- viel außer Zweifel, daß ungeachtet des Zusammentreffens

mehrerer zuständiger Gerichte die Sache doch nur vor einem dieser Gerichte verhandelt, und nur von diesem entschieden werden darf, indem die gleichzeitige Behandlung der nämlichen Streitsache von mehreren Gerichten — auch abgesehen von anderen daraus entspringenden Uebelständen, — schon wegen der Möglichkeit widersprechender Entscheidungen als unzulässig erscheint. Dadurch wird aber die Frage hervorgerufen, welchem der concurrirenden Gerichte der Vorzug gebührt? — Um diese Frage richtig zu beantworten, ist zu unterscheiden, ob

I. das Streitverhältniß so beschaffen ist, daß nur ein Betheiligter als Kläger auftreten; oder

II. so, daß jeder Betheiligte die Rolle des Klägers in derselben Sache übernehmen kann, — (wie dieses namentlich bei den judiciis duplic. zutrifft).

Zu I.

In dem ersten Falle entscheidet die Wahl des Klageberechtigten, d. h. dieser kann von den verschiedenen für seine Klage zuständigen Gerichten dasjenige heraussuchen, welches ihm aus irgend einem Grunde (z. B. wegen der Erleichterung der Beweisführung, der Execution und dergleichen) das vortheilhaftere zu seyn scheint, und bei dem Gerichte, welches er gewählt, muß sich der Gegner einlassen.

Fr. 19. §. 4. D. 5. 1.

Fr. 2. §. 3. D. 13. 4.

Die übrigen nicht gewählten concurrirenden Gerichte werden dadurch zwar nicht incompetent, d. h. wenn der Kläger dieselbe Klage später bei einem dieser Gerichte anbringen würde, so könnte das angerufene Gericht die Klage nicht sofort von Amtswegen zurückweisen. Allein dem Beklagten stünde in diesem Falle das Recht zu, die

Einlassung aus dem Grunde zu verweigern, weil die Klage bereits bei einem anderen Gerichte anhängig gemacht worden sey (die jetzt s. g. exceptio litis pendentis). Hiebei entsteht nun aber die Frage, in welchem Momente für den Beklagten das Recht entsteht, diese Einwendung vorzuschützen oder, — was ebensoviel ist, — wie lange der Kläger, ohne diese Einwendung befürchten zu müssen, von seiner zuerst getroffenen Wahl abgehen, und die Klage bei einem anderen concurrirenden Gerichte anbringen könne? — Hierüber sind die Meinungen getheilt.

Vgl. Schmid, Hdb. I. S. 133 und die dortselbst Angeführten.

Dem gemeinen Rechte entspricht aber gewiß nur die, auch in der Praxis recipirte Ansicht, daß dem Kläger der Rücktritt von der ursprünglich getroffenen Wahl nicht schon durch den bloßen Act der Anbringung der Klage, sondern erst durch die gerichtliche Mittheilung der Klage an den Beklagten verschlossen werde. Denn wenn auch die c. 4. §. 1. C. 2. 2., welche unstreitig für diese Ansicht spricht, nicht glossirt ist, so macht doch Justinian in einer anderen glossirten Constitution (c. 1. §. 3. C. 7. 17.) eine bestimmte Anwendung von der in der c. 4. aufgestellten Regel. — Auch gibt die Nov. 112. c. 3. dem Beklagten das Recht, die Fortsetzung des Processes bei demselben Richter, bei welchem die Klage gestellt worden war, zu verlangen, erst „post preces per judicem *ad scientiam* adversarii deductas." — Das canonische Recht untersagt eine Neuerung erst „lite pendente;" der Eintritt der Litispendenz wird aber auf den Zeitpunkt verlegt, „posteaquam citatio emanavit et ad partem citatam pervenit." (Clem. 2. 2. 5. vergl. mit der Ueberschrift des Titels). — Endlich stimmt auch die

Reichsgesetzgebung mit dem hier angenommenen Grundsatze überein.

R. H. O. Tit. II. §. 8.

Planck, a. a. O. S. 282 bis 302 besonders S. 300. Nr. 6.

Wenn jedoch die Insinuation des ersten richterlichen Decrets auf die Klage an den Beklagten die so eben angeführte Wirkung hervorbringen soll, so wird vorausgesetzt:

a) daß diesem Decrete entweder die Klageschrift selbst beigelegt, oder in dem Decrete Alles ausgedrückt sey, was zur vollständigen Information des Beklagten in der Hauptsache nothwendig ist;

Clem. 2. cit.

weßhalb eine bloße Vorladung ohne gleichzeitige Eröffnung des wesentlichen Inhaltes der Klage dem Kläger das Recht des Rücktrittes noch nicht entzieht. Nur ist der Kläger, wenn er in diesem Falle die Klage bei einem andern Gerichte anbringt, verpflichtet, dem Beklagten die etwa bisher verursachten Kosten zu ersetzen und demselben auf Verlangen die cautio de lite prosequenda zu leisten.

c. 1. in 6to 2. 6.

S. oben S. 101.

Außerdem ist noch erforderlich:

b) daß sich aus dem Mittheilungs-Decrete die Absicht des Richters entnehmen läßt, auf die Klage selbst ein Verfahren einzuleiten, oder in der Hauptsache zu entscheiden. Aus diesem Grunde steht dem Kläger der Rücktritt von dem zuerst gewählten Gerichte noch immer frei, wenn zwar die Klage mitgetheilt wurde, jedoch mit dem Bemerken, daß dieselbe angebrachtermaßen abgewiesen sey.

Wenn aber diese beiden Voraussetzungen vorhanden sind, und der Kläger dessenungeachtet das zuerst angerufene Gericht verläßt und den Beklagten anderswo belangt, so ist dieser berechtiget, von der exceptio litis pendentis Gebrauch zu machen, welche ihn als gerichtsablehnende Einrede von der Verbindlichkeit zur Einlassung befreit. Nur wird dabei in ähnlicher Weise wie bei der exceptio rei judicatae vorausgesetzt, daß die bei dem zweiten Gerichte angebrachte Klage mit der bei dem ersten Gerichte angestellten im Wesen identisch sey.

Planck a. a. O. S. 293 flg.

Ueber das Verhältniß dieser durch das canonische Recht zu ihrem Namen gekommenen Einrede zu der älteren Röm. except. rei in litem deductae s. Arndts Lehrb. I. S. 145. Not. 3. — Buchka, die Lehre vom Einflusse des Processes auf das materielle Rechtsverh. II. Thl. S. 107 bis 146.

Die exc. lit. pend. kann übrigens durch eine Replik des Klägers entkräftet werden, wenn der Beklagte auf die von dem ersten Gerichte an ihn ergangene Ladung ungehorsam ausgeblieben war.

Planck S. 292.

Zu II.

Wenn die Concurrenz mehrerer Gerichtsstände dadurch entsteht, daß jeder bei dem concreten Streitverhältnisse Betheiligte gegen den andern selbst als Kläger auftreten, seine Klage aber bei einem anderen Gerichte als der Gegner anbringen könnte; so läßt sich die zu I. aufgestellte Regel, daß dem Klageberechtigten das Wahlrecht zukomme, aus dem Grunde nicht anwenden, weil in diesem Falle jedem Betheiligten gewöhnlich nur **ein** Gerichtsstand offen steht, den er anrufen kann (nämlich

das forum domic. seines Gegners); in einem Falle aber, wo Jemand nur einen Weg vor sich hat, von einer Wahl überhaupt nicht die Rede seyn kann. Gleichwohl erheischt auch in diesem Falle das praktische Bedürfniß irgend einen Grundsatz, in Folge dessen nur Eines der concurrirenden Gerichte das streitige Verhältniß zu untersuchen und zu entscheiden hat, weil außerdem die oben angeführten Mißstände auch hier eintreten würden. — Das Römische Recht enthält hierüber keine directe Bestimmung. Aus dem Fr. 13. D. 5. 1. (vergl. mit Fr. 29 eod.) könnte jedoch der Satz abgeleitet werden, daß in dem hier vorausgesetzten Falle jenes concurrirende Gericht den Streit allein zu leiten und zu entscheiden habe, welches zuerst von einem der Betheiligten angerufen wurde. Denn der erste Anruf entscheidet nach den citirten Stellen über die Parteirolle. Der zuerst Anrufende soll in dieser Sache als Kläger betrachtet werden. Daraus folgt aber von selbst, daß, wenn einmal ein Betheiligter bei einem Gerichte die Klage angebracht hat, der andere Betheiligte die Rolle des Klägers in dieser Sache bei einem anderen Gerichte gar nicht mehr zu führen berechtiget ist. — Allein das canonische Recht und die deutschen Reichsgesetze legen auch in diesem Falle, — wie in dem ersten (unter I.) das entscheidende Gewicht auf die Insinuation des ersten proceßeinleitenden Decrets an den Beklagten, d. h. nicht dem Gerichte wird der Vorzug eingeräumt, welches zuerst angerufen wurde, sondern dem, welches auf die bei demselben angebrachte Klage früher eine proceßeinleitende Verfügung zur Kenntniß des Beklagten brachte. —

Gloss. „assignatae“ ad c. 59. X. 2. 28.

R. H. O. Tit. II. §. 8.

Vgl. Wahlcapitul. Art. 16. §. 17.

Die doctrinelle Rechtfertigung des Satzes, daß erst die Mittheilung des ersten richterlichen Decrets in beiden Concurrenzfällen (I. u. II.) den Ausschlag geben soll, ist bisher auf doppelte Weise versucht worden. Einige faßten nämlich die concurrirenden Gerichte als die bei diesem Verhältnisse vorzugsweise Betheiligten auf und glaubten daher, daß das später decretirende Gericht deßhalb ausgeschlossen werde, weil das früher decretirende nach der allgemeinen Rechtsregel „in pari causa melior est conditio possidentis“ gegen die Einmischung des ersteren protestiren könne.

Pütter, de praevent. (opusc. II. XII.)

Andere suchen aber die aufgestellte Regel, ohne Rücksicht auf das Recht oder das Interesse der Gerichte, bloß dadurch zu erklären, daß der Beklagte erst durch die an ihn erfolgte Mittheilung der Klage das Recht erhalte, darauf zu dringen, daß der Proceß bei dem angerufenen Gerichte fortgesetzt werde.

Planck a. a. O. S. 289 flg. u. S. 301 unt.

Von diesen zwei Erklärungsarten ist nun gewiß die letztere dem Römischen Rechte und der modernen Auffassung der Jurisdictionsverhältnisse mehr angemessen, als die erste, welche nur durch die Rücksicht auf die mit der Jurisdiction verbundenen pecuniären Vortheile veranlaßt worden zu seyn scheint.

Planck S. 298.

Allein in der Praxis und auch in der Doctrin, selbst der neueren Zeit, ist gleichwohl die erste Erklärungsart bis jetzt noch die vorherrschende geblieben.

In den praktischen Folgen ist es übrigens nicht gleichgültig, welcher Ansicht man den Vorzug einräumt. Folgt man nämlich der herrschenden Präventionstheorie, so muß man consequent zugeben, daß die Wirkung der

Prävention ohne Zustimmung des prävenirenden Gerichts selbst durch Uebereinkunft beider Theile nicht mehr aufgehoben werden könne. — Hält man aber den Gesichtspunkt für den richtigen, daß in dergleichen Concurrenz-Verhältnissen nur die Rechte der streitenden Theile allein in Betracht kommen, so kann jenes Gericht, welches zuerst decretirt, und das Decret dem Beklagten insinuirt hat, die streitenden Theile nicht hindern, ihre Sache späterhin doch an ein anderes Gericht zu bringen, wenn sie nur selbst mit diesem Wechsel einverstanden sind. — Indessen sind freilich nicht alle Anhänger der gewöhnlichen Ansicht in dieser Beziehung ihrem Gesichtspunkte treu geblieben,

z. B. Pütter a. a. O. §. 96. Not. Dagegen aber Danz, Grunds. des ord. Proc. (Ausg. v. Gönner §. 39. Not. r.)

Vgl. Planck S. 297 Not. 5.

Nicht zu verwechseln mit den bisher angeführten Fällen (I. u. II.) ist übrigens der, wenn zur Zeit der Klagestellung nur ein competenter Gerichtsstand vorhanden war, späterhin aber und zwar noch vor der Beendigung des Streites ein anderes Gericht für den Beklagten zuständig wird, z. B. durch die Erlangung eines Gerichtsstands-Privilegiums. Denn hier ist keine Concurrenz in dem obenangeführten Sinne vorhanden, sondern ein successiver Wechsel mehrerer Gerichtsstände. Indessen wird auch in diesem Falle das entscheidende Gewicht darauf gelegt, ob zur Zeit der Supervenienz des zweiten Gerichtsstandes das zuerst angerufene Gericht den Beklagten bereits geladen hatte oder nicht. War die Ladung bereits erfolgt, so soll der Beklagte nicht mehr berechtiget seyn, die Sache an das neuentstandene Forum zu ziehen.

c. 19. X. 2. 2. unverkennbar nachgebildet dem Fr. 7.

D. 5. 1. Vgl. noch Fr. 19. pr. D. 2. 1. Fr. 30. D. 5. 1. Gloss. zu c. 19. X. cit.

Als Grund dieser Entscheidung wird schon im Röm. Rechte die Prävention genannt (Fr. 7. D. cit. „quasi praeventus"), und dieß hat ohne Zweifel dazu Veranlassung gegeben, daß dieser Ausdruck auch in eigentlichen Concurrenzfällen gebraucht wurde, was um so leichter geschehen konnte, als ja auch in Fällen der eigentlichen Concurrenz die Insinuation des proceßeinleitenden Decrets (Ladung des Beklagten) den Ausschlag gibt. Der einfache Grundgedanke des gemeinen Rechtes sowohl im Falle einer Concurrenz als im Falle eines Wechsels der Gerichtsstände scheint überhaupt der zu seyn, daß der Beklagte, sobald er einmal von einem Gerichte zur Verantwortung gegen eine ihm gehörig kundgegebene Klage aufgefordert worden ist, gegen die Verhandlung dieser Klage bei einem anderen Gerichte protestiren kann; m. a. W. daß er durch die Insinuation des ersten Decrets einen Anspruch auf die Permanenz des Gerichtsstandes erhält, von dem das Decret ausgegangen ist. Dieß ist wohl auch der Sinn der Regel des canon. Rechts: jurisdictio citatione perpetuatur.

Vgl. die Glosse zu c. 19. X. 2. 2.

Ueber die Lehre von der Concurrenz mehrerer Gerichtsstände überhaupt sind außer den bereits angeführten Schriftstellern noch zu vergleichen: Sintenis, Erl. I. S. 56 flg. — Brackenhöft, Erört. S. 270 flg. — Schmid, Handb. I. S. 133 flg.

Von den Folgen der Wahl eines incompetenten Gerichts.

§. 79.

Wenn Jemand bei einem incompetenten Richter Klage stellt, so steht es in der Willkür des Richters, die Klage anzunehmen und mitzutheilen, — weil er doch durch Prorogation noch competent werden kann, — oder dieselbe zurückzuweisen, — weil, wenn er den Consens verweigert, auch keine prorogatio mehr möglich ist. Nur dann muß immer die Zurückweisung erfolgen, wenn der Gegenstand der Klage eine causa privil. ist, in Ansehung welcher dem angerufenen Richter gar keine Jurisdiction zusteht, weil hier eine Prorogation auch durch seine und des Beklagten Zustimmung nicht möglich wird.

Wenn übrigens, — abgesehen von diesem Falle, — der Richter die Klage annimmt, und dieselbe dem Beklagten zu seiner Vertheidigung mittheilt, so kann dieser, wenn er nicht Lust hat zu prorogiren, die exceptio jud. incomp. entgegensetzen,

J. R. A. §. 40.

welche vor Allem geprüft werden muß, weil, — wenn der Richter in der Hauptsache fortfahren und über diese ein Urtheil fällen würde, ohne daß vorher seine Zuständigkeit rechtskräftig anerkannt wäre, möglicherweise Verfahren und Urtheil unheilbar nichtig wären.

c. 1. 2. u. 4. C. 7. 48.

J. R. A. §. 122.

Die Prüfung jener Einrede kann aber allerdings von dem Richter selbst vorgenommen werden, dessen Competenz angefochten wird. Denn die Frage über

seine Zuständigkeit wird nicht als propria causa angesehen.

Fr. 5. D. 5. 1.

Uebrigens darf der Beklagte auch die Ladung eines incompetenten Richters nicht ungehorsam vernachlässigen.

Fr. 2. pr. D. 2. 5.

Fr. 5. D. 5. 1.

Nicht entgegen ist

Fr. fin. D. 2. 1. und

Fr. 53. §. 3. D. 42. 1.

Bei vorausgehender peremtorischer Ladung würde sogar sein Ausbleiben den Verlust der except. jud. incompet. und sohin eine fingirte Prorogation zur Folge haben, insofern die Incompetenz des ladenden Richters bloß eine subjective wäre.

Zu 2.

(s. oben §. 60.)

§. 80.

Ein Gericht kann zwar nach den bisher entwickelten Grundsätzen für eine einzelne Sache formell competent, aber dessenungeachtet aus materiellen, persönlichen Gründen von der Befugniß, in dieser Sache zu richten, entweder schon gesetzlich ausgeschlossen seyn, — oder es kann wenigstens auf Ausschließung desselben von einer Partei der Antrag gestellt werden. Ersteres ist dann der Fall, wenn die Angelegenheit, in welcher entschieden werden soll, des Richters eigene Sache ist (in propria causa nemo judex esse potest).

c. un. C. 3. 5.

Fr. 51. D. 4. 8.

In einem solchen Falle ist daher der Richter verpflichtet, die Ausübung des Richteramtes selbst, auch ohne vorgängigen Antrag einer Partei, abzulehnen. Unterläßt er dieses, so kann sein Ausspruch — insofern er gegen das eigene Interesse des Richters lauten sollte, vielleicht ein Geständniß, oder ein Verzicht; — insofern er aber dem Interesse des Richters günstig wäre, nur eine Parteibehauptung in der usurpirten Form eines richterlichen Erkenntnisses, — aber in keinem Falle ein rechtsgültiges Urtheil seyn; weßhalb auch der dadurch verletzte Theil die Beschwerde wegen unheilbarer Nichtigkeit in jeder Form dagegen erheben kann. Als eigene Sache des Richters ist aber, strenge genommen, nur eine solche zu betrachten, in welcher der Richter zugleich die Rolle einer Partei, sey es nun die des Klägers oder die des Beklagten, führen würde;

Fr. 1. §. 11. D. 49. 4.

weßhalb auch der Fall nicht hieher gehört, wenn bloß die Gerichtszuständigkeit allein in Frage steht, indem hier der Richter nicht ein eigenes, persönliches Interesse, sondern nur sein Amt vertritt;

Fr. 5. D. 5. 1.

wogegen aber allerdings der Richter, welcher vor entschiedener Sache der Erbe einer Partei geworden ist, aus dem angeführten Grunde nicht mehr Richter in dieser Sache bleiben kann.

Fr. 17. D. 5. 1.

Auch ist es im Röm. Rechte ausdrücklich untersagt, in derselben Sache zugleich Richter und Advocat einer Partei zu seyn,

c. 6. pr. C. 2. 6.
c. 14. C. 1. 51.

Vgl. Fr. 17. D. 2. 1.

c. 36. X. 2. 28.

was übrigens bei den heutzutage bestehenden Einrichtungen, wenigstens gleichzeitig, ohnehin nicht mehr vorkommen kann.

Die Frage, ob auch Streitangelegenheiten der nächsten Angehörigen und des Gefolges des Richters (uxoris, liberorum, libertorum, eorumque, quos secum habet) als *propriae* causae judicis zu betrachten seyen, ist, wenn der Begriff der propria causa festgehalten wird, zu verneinen. Daß aber nicht bloß die Gegenpartei das Recht hat, sich den Richter in einer solchen Angelegenheit zu verbitten, sondern der Richter selbst die Ehrenpflicht, die Ausübung seines Amtes abzulehnen, ist nicht zu bezweifeln. Geschieht jedoch weder das Eine noch das Andere, so kann jetzt das Urtheil nicht für ungültig gehalten werden. — Das frühere Röm. Recht machte in dieser Beziehung einen Unterschied zwischen magistratus und judex. Dem magistratus war es gesetzlich unbedingt untersagt in Sachen seiner Angehörigen Recht zu sprechen,

Fr. 10. D. 2. 1.

Fr. 5. pr. D. 47. 10.

(also wohl auch in dem Falle, wenn ein Angehöriger vor ihm verklagt worden wäre).

Vgl. Fr. 48. D. 5. 1.

Judex konnte man aber selbst in causa patris oder filii seyn,

Fr. 77. D. 5. 1.

Fr. 6. D. 4. 8.

wenn sich der Gegner dieses gefallen ließ.

Glück, Comm. III. S. 67.

Keller, Röm. Civilpr. I. S. 50.

Zu 3.

(siehe oben §. 60.)

§. 81.

Wenn eine Streitsache zwar nicht als eigene Sache des für dieselbe formell zuständigen Richters erscheint, aber doch zu befürchten ist, daß dieser Richter aus irgendeinem Grunde nicht mit voller Unbefangenheit in der Sache verfahren und urtheilen könnte, so ist es derjenigen Partei, welche dem Richter mißtraut, gestattet, sich denselben zu verbitten (ihn zu recusiren, zu perhorresciren).

Das Röm. Recht kannte zwar das Recusationsrecht in der Art und in dem Umfange, wie dasselbe gegenwärtig anerkannt ist, noch nicht.

Solange nämlich der Formularproceß noch in Uebung war, konnte zwar der judex, und dieser selbst ohne Angabe eines bestimmten Verdachtsgrundes recusirt werden.

Zimmern, Geschichte des Röm. Privatrechts III. §. 10.

Puchta, Institut. Bd. II. S. 42 flg.

Keller, Röm. Civilproc. I. S. 39 flg., besonders not. 149.

Von einem förmlichen Verbittungsrechte der Parteien gegen einen magistratus, dem die eine oder andere nicht traute, findet sich aber keine bestimmte Spur.

Zimmern a. a. O. §. 31.

Heise u. Cropp, Jurist. Abh. Bd. II. S. 52.

Hegte daher der Kläger einen Verdacht gegen die zuständige Obrigkeit, so mußte er gleichwohl, — wenn nicht etwa für dieselbe Sache auch noch eine andere competente Obrigkeit existirte, mit der Anstellung der

Klage zuwarten, bis der jetzige Amtsinhaber von dem Amte abtrat und einem anderen Platz machte. Traute aber der Beklagte dem magistratus nicht, bei welchem er belangt worden war, so konnte ihm freilich nicht verwehrt werden, sein Bedenken in dieser Hinsicht kund zu geben. Wenn aber der Kläger nicht ein Angehöriger der Obrigkeit war (Fr. 10. D. 5. 1. s. den vorigen §.), in welchem Falle sich diese der Rechtssprechung enthalten mußte, so konnte ein solches Bedenken doch nur die Folge haben, daß vielleicht die Obrigkeit nach eigenem Ermessen die jurisdictio für diesen einzelnen Fall einem anderen mandirte.

Fr. 17. D. 2. 1.

Nach dem Untergange des Formularprocesses wurden die Grundsätze des älteren Rechtes hinsichtlich der Recusation des judex zwar auf die Hülfsrichter angewandt, welche die Obrigkeiten im Drange der Geschäfte für einzelne Streitigkeiten zu ernennen berechtigt waren, und ebenso auf die von dem Kaiser delegirten Richter.

c. 16 u. 18. C. 3. 1. (Beide Verordnungen nennen ausdrücklich nur judices ab imperiali majestate, vel ab alio judiciali culmine delegatos.)

Nov. 53. c. 3. — Nov. 96. c. 2. §. 1.

Aber eine Ablehnung der gerichtlichen Obrigkeiten selbst wurde auch jetzt noch nicht gestattet, sondern Justinian verordnete für den Fall, wenn die weltliche Obrigkeit einer Partei nicht unverdächtig zu seyn schien, die Zuziehung des Erzbischofs oder des Bischofs zur gemeinschaftlichen Besorgung der Sache.

Nov. 86. c. 2 u. 7.

Petrus exc. leg. Rom. lib. 4. c. 1.

Das canonische Recht, anerkennend daß Unbefangenheit als ein Haupterforderniß für jeden Richter betrachtet werden müsse (c. 41. in fin. X. 2. 28.), stellte aber den ordentlichen Richter in dieser Beziehung dem delegirten vollkommen gleich, und gestattete daher die Recusation des einen wie des andern.

Vgl. die Glosse zu c. 16. C. 3. 1. ad voc. „judices delegatos.“

„Martini opinio (etiam ordinarium judicem recusari posse) *„canonizata est.“*

Nur forderte dasselbe in beiden Fällen die Angabe und den Beweis eines bestimmten Verdachtsgrundes.

c. 61. X. 2. 28.

c. 39. X. 1. 29.

c. 4. in 6. 1. 14.

In den deutschen Reichsgesetzen ist die Bestimmung des canonischen Rechtes insofern anerkannt, als auch hier zwischen dem ordentlichen und einem delegirten Richter kein Unterschied gemacht, in Bezug auf beide aber das Vorbringen „triftiger und erweislicher Ursachen“ für nothwendig erklärt wird.

C. G. O. Thl. I. Tit. 22. §. 9.

R. A. v. 1713. §. 67.

Das canonische Recht enthält übrigens auch noch umständliche Vorschriften über das Verfahren bei Recusationsanträgen, welche jedoch, wie sich aus der folgenden Darstellung ergeben wird, heutzutage nicht mehr durchgehends beobachtet werden.

Erforderniſſe der Recuſation.

§. 82.

Die gemeinrechtlichen Erforderniſſe eines Recuſationsantrages ſind folgende:

1) Wer ſich den Richter verbitten will, muß jederzeit (vergl. den folgenden Abſatz Nr. 2) einen beſtimmten Verdachtsgrund anführen. Ob übrigens der angeführte Grund erheblich genug ſey, oder nicht, hängt von dem Ermeſſen Desjenigen ab, der über die Zulaſſung der Recuſation zu entſcheiden hat (ſ. unten Nr. 4). Denn ein erſchöpfendes Verzeichniß gewiſſer, allein zuläſſiger Verdachtsgründe kommt in den geſetzlichen Quellen nicht vor, ſondern nur die Angabe einzelner Beiſpiele.

Fr. 9. pr. D. 40. 12.
c. 36. X. 2. 28.
c. 18. X. 2. 1.
Vgl. auch c. 6. 24. X. 2. 28.

In der Praxis hält man ſich hiebei an die, — auch in einzelnen Particulargeſetzen gebilligte Regel, daß der Richter aus allen Gründen recuſirt werden könne, welche einen Zeugen verdächtig machen. Da jedoch auch in Beziehung auf Zeugen die Verdachtsgründe in den Geſetzen nicht vollſtändig aufgezählt ſind, ſo iſt mit dieſer Regel nichts gewonnen. Auch paßt dieſe Regel ſchon deßhalb nicht, weil der Richter wegen ſeiner eigenthümlichen Function aus einem Grunde verdächtig ſeyn kann, welcher auf einen Zeugen gar nicht anwendbar iſt, z. B. c. 18. X. 2. 1.

Vgl. Geſterding im Archiv für civ. Prax. Bd. VI. S. 245 flg.

Im Allgemeinen lassen sich übrigens alle Gründe, welche einen Verdacht gegen den Richter erregen können, auf zwei Classen zurückführen. Sie beziehen sich nämlich entweder auf das persönliche Verhältniß des Richters zu der einen oder der andern Partei, oder auf irgend ein mittelbares Interesse, welches er selbst bei dem Ausgange des Processes haben könnte. — Bloßes Mißtrauen in Bezug auf Geschicklichkeit und Kenntnisse des Richters begründet aber in keinem Falle einen Recusationsantrag. — Auch darf bei der Beurtheilung der Erheblichkeit der in einem bestimmten Falle vorgebrachten Verdachtsgründe das Pflichtgefühl des Richters nicht zu gering angeschlagen, und daher jeder auch noch so schwachen Vermuthung ein Werth beigelegt werden, da auch die Gegenpartei nicht ohne Noth ihrem ordentlichen Richter entzogen werden soll.

2) Der angebrachte Verdachtsgrund muß von dem Antragsteller auch bewiesen werden, und rücksichtlich dieses Beweises kommen, sowohl was die Art, als die Wirksamkeit der Beweismittel betrifft, die gewöhnlichen Grundsätze zur Anwendung.

Als etwas Besonderes in diesem Gebiete wird zwar nicht selten der sogenannte Perhorrescenzeid betrachtet; aber mit Unrecht. — Einige Rechtslehrer halten es nämlich

A. für hinreichend, wenn der Recusant nur eidlich bekräftiget, daß er dem Richter nicht traue (juram. perhorrescentiae), ohne die Angabe eines speciellen Verdachtsgrundes von ihm zu fordern; — und berufen sich deßhalb theils auf die Glosse zu c. 16. C. 3. 1. (zwischen lit. i und k), dann zu Fr. 4. D. 36. 1.; — theils auf die übliche Formel dieses Eides; welche bloß einen allgemeinen Ausdruck

des Mißtrauens enthält; — theils endlich auf die Erfahrung, daß ein persönliches Mißtrauen stattfinden kann, dessen Gründe sich doch nicht schulgerecht nachweisen lassen. Dieser Ansicht war der Verfasser gegenwärtiger Vorträge früherhin auch zugethan, ohne jedoch zur Unterstützung derselben sich auf c. 11. in 6to 1. 3. zu berufen, welches gar nicht von einem verdächtigen Richter, sondern von einem übermächtigen Gegner handelt. — Vorgänger in dieser Meinung waren u. A. *J. H. Böhmer,* J. E. P. lib. I. Tit. 29. §. 22. und lib. II. Tit. 2. §. 72. sq. — Thibaut, Pandekten-Syst. (5. Aufl.) III. §. 1259. — Linde (welcher jedoch in der späteren Auflage s. Lehrb. §. 81. not. 4. ebenfalls zurückgetreten ist).

B. Andere lassen den Perhorrescenzeid nur als Surrogat des Beweises des speciellen Verdachtsgrundes gelten, fordern aber in jedem Falle die Anführung eines solchen Grundes. — *Pufendorf,* Obs. I. obs. 180. — Claproth, ord. Pr. §. 46. — Martin §. 59.

C. Noch andere endlich betrachten den Perhorrescenzeid als bloßes Beweisergänzungsmittel (jur. suppletor.), und fordern daher die Anführung eines speciellen Verdachtsgrundes und ordentlichen Beweis desselben, wenigstens bis zu dem Grade, welcher den Erfüllungseid zuläßt. — *Lauterbach,* De jur. perhorr. Tub. 1656. — Cocceji. J. controv. lib. XII. Tit. 2. qu. 15. — Heise u. Cropp, Jurist. Abh. 2. Bd. S. 68 flg.

Von diesen Ansichten entspricht aber wohl nur die dritte den positiven Gesetzen. Denn im canonischen Rechte ist ausdrücklich verordnet, daß die

Recusation eines Richters, er möge nun der ordentliche (c. 61. X. 2. 28.) oder ein delegirter (c. 39. X. 1. 29.) seyn, durch die Anführung eines Verdachtsgrundes und Beweis desselben bedingt seyn soll. Da nun der ordentliche Beweis einer Thatsache nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes durch das bloße Erbieten zur eidlichen Bekräftigung derselben nicht ersetzt, sondern nur ein unvollständig gelieferter Beweis durch den Eid des Beweisführers ergänzt werden kann, so kann auch der sogenannte Perhorrescenzeid nur als Erfüllungseid betrachtet werden. — Gegen diese Bestimmung des canonischen Rechts können auch die für die erste Ansicht (lit. A.) angeführten Gründe nichts entscheiden.

S. Heise u. Cropp, Jurist. Abh. a. a. O.

3) Der Perhorrescenzantrag muß zu einer Zeit gestellt werden, wo dem Imploranten noch nicht die Einwendung gemacht werden kann, daß er sich dem verdächtigen Richter bereits unterworfen, und somit stillschweigend auf die Recusation desselben Verzicht geleistet habe.

Will daher der Kläger recusiren, so darf er seine Klage in der Hauptsache noch nicht, wenigstens nicht unbedingt und ohne Vorbehalt, bei dem verdächtigen Richter angebracht haben. — Der Beklagte aber muß den Recusationsantrag noch vor der Litiscontestation stellen,

c. 12. 16. 18. C. 3. 1.

was gewöhnlich in der Form einer gerichtsablehnenden Einrede (except. suspecti jud.) geschieht.

Gesterding a. a. O. S. 247.

Nur dann findet auch noch später eine Recusation statt, wenn die Verdachtsgründe selbst erst später entstanden oder der Partei erweislich erst später bekannt geworden sind.

c. 25. X. 1. 29.

4) Hinsichtlich der Frage, bei wem der Recusationsantrag angebracht werden müsse, weicht der heutige Gerichtsgebrauch von den Bestimmungen des canonischen Rechtes ab. Diesem zufolge sollte nämlich der durch die Angabe eines speciellen Verdachtsgrundes unterstützte Antrag jedesmal — ohne Unterschied zwischen ordentlichen und delegirten Richtern — bei dem recusirten Gerichte selbst gestellt werden.

c. 41. §. 1. c. 61. X. 2. 28.
c. 39. X. 1. 29.

Die Leitung des Beweisverfahrens über den angeführten Verdachtsgrund, sowie die Entscheidung des Recusationsantrages selbst ist aber begreiflich auch im canonischen Rechte dem recusirten Richter entzogen. Zu diesen Functionen sollten die Parteien in der Regel Schiedsrichter ernennen.

c. 41. §. 1. c. 61. X. 2. 28.
c. 39. X. 1. 29.
c. 10. X. 2. 2.

Eine Ausnahme von dieser Regel soll nur dann stattfinden, wenn entweder mehrere Richter mit der Clausel „si non omnes“ delegirt wären, und von diesen nur Einer recusirt würde; oder wenn ein Delegat oder Official des Bischofs recusirt würde. Hier sollen in dem ersten Falle die nicht verbetenen Richter, in dem zweiten der Bischof die Beweise aufzunehmen und über die Zulassung des Antrages zu entscheiden haben.

c. 5. in 6to. 1. 14.

Die Wahl von Schiedsrichtern zur Prüfung und Entscheidung eines Recusationsantrages ist aber jetzt allenthalben außer Uebung gekommen; und auch die Vorschrift, daß der Antrag bei dem recusirten Gerichte selbst angebracht werden soll, wird nicht mehr in allen Fällen beobachtet. In dem neueren Gerichtsgebrauche haben sich vielmehr folgende Regeln eine vorherrschende Geltung verschafft:

1) Wenn nur einzelne Mitglieder eines Collegiums recusirt werden, und die Uebrigbleibenden nach der Verfassung des Gerichtes noch beschlußfähig sind, so ist der Recusationsantrag immer an den Vorstand des Collegiums selbst zu bringen, welcher im Benehmen mit den nicht recusirten Mitgliedern den Antrag prüft und entscheidet.

2) Will aber eine Partei einen Einzelrichter oder ein ganzes Collegium, oder so viele Mitglieder eines Collegiums perhorresciren, daß die Uebrigbleibenden keinen formell gültigen Beschluß mehr fassen könnten, so unterscheidet man, ob der Recusant der Kläger oder der Beklagte ist.

Der Beklagte bringt zwar den Recusationsantrag bei dem zu recusirenden Gerichte selbst in der Form einer gerichtsablehnenden Einrede an. Die Prüfung und Entscheidung dieser Einrede wird jedoch dem nächsthöheren zuständigen Obergerichte zuerkannt, an welches zu diesem Zwecke die betreffenden Acten eingesandt werden müssen.

Will aber der Kläger von dem Recusationsrechte Gebrauch machen, so soll er mit Uebergehung des verdächtigen Untergerichtes seinen Antrag sofort bei dem

nächsthöheren Gerichte anbringen, dem auch in diesem Falle das Recht der Prüfung und Entscheidung zusteht.

Heise u. Cropp a. a. O. §. 13 u. 14.

Wirkung der Recusation.

§. 83.

Die Stellung eines Recusationsantrages hat, abgesehen von dem Falle, wenn nur einzelne Mitglieder eines Collegiums abgelehnt werden, hinsichtlich der Wirkungen einige Aehnlichkeit mit der Einlegung der Appellation, indem dadurch das Verfahren in der Hauptsache bis zur Entscheidung des Perhorrescenzpunktes suspendirt wird, die Cognition über diese Vorfrage aber jetzt auf den Oberrichter übergeht.

Hinsichtlich der Folgen einer für begründet und zulässig erkannten Recusation weicht aber der gegenwärtige Gerichtsgebrauch von den Vorschriften des canonischen Rechtes ab. Diesen zufolge hatte der recusirte Richter entweder nach Vernehmung der Parteien selbst eine „persona idonea“ zu ernennen, welche anstatt seiner in der Hauptsache verfahren und erkennen soll, oder er mußte die Sache an das höhere Gericht übersenden.

c. 61. X. 2. 28.

Im Falle der Ablehnung eines delegirten Richters wurde aber von Seite des Deleganten ein anderer Commissär ernannt.

c. 25. X. 1. 29.

Vgl. c. 4. in 6to 1. 14.

Heutzutage wird jedoch (abgesehen wieder von dem Falle der Recusation einzelner Collegialmitglieder) das Recht, bezüglich der Hauptsache das Geeignete zu verfügen, stets dem Obergerichte überlassen, welches über die Statthaftigkeit der Recusation entschieden hat. Das Obergericht könnte nun zwar die Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache selbst an sich ziehen. Allein um das Instanzenrecht nicht zu verkürzen, wird gewöhnlich anstatt des verbetenen Unterrichters ein anderer delegirt.

c. 10. X. 2. 2.

c. 61. X. cit.

v. Gönner, Handb. I. Abh. 14. §. 4.

Heise u. Cropp a. a. O. §. 15 u. 16.

Wird der Recusationsantrag wegen Unerheblichkeit des angeführten Verdachtsgrundes oder wegen mangelnden Beweises verworfen, so tritt für die Hauptsache der recusirte Richter wieder ein.

c. 41. §. 1. c. 61. X. 2. 28.

Die Verfügungen eines mit Erfolg abgelehnten Richters in der Hauptsache selbst würden jedoch eben so ungültig seyn, wie die Verfügungen eines unzuständigen Gerichts.

Wird der Richter erlaubter Weise (§. 82. Nr. 3.) erst nach der Einlassung in der Hauptsache mit Erfolg perhorrescirt, so ist zu unterscheiden, ob der Verdachtsgrund selbst erst später entstanden ist, oder ob dieser zwar schon am Anfange des Processes vorhanden war, aber die Partei erst später davon Kenntniß erhielt. In dem ersten Falle bleiben die Verhandlungen, welche noch vor dem Eintritte des Verdachtsgrundes gepflogen worden waren, ohne Zweifel bei Kräften. — Aber auch in dem zweiten Falle dürfte eine Ungültigkeit des bisher

Geschehenen wohl nur insofern zu behaupten seyn, als der Perhorrescent darauf anträgt, und dieser Antrag durch erhebliche Beschwerden gegen das bisherige Verfahren motivirt wird. Denn läßt sich in den vorausgehenden Verfügungen gar keine Spur irgendeiner parteiischen Richtung wahrnehmen, so ist der Verdacht, pro praeterito wenigstens, als widerlegt und daher auch als unwirksam zu betrachten.

Die bestrittene Frage, ob auch ein ganzes Collegium als solches perhorrescirt werden könne oder nicht, wird richtiger bejaht.

v. Gönner, Hdb. I. Abh. 12.

Heise u. Cropp a. a. O. S. 79. not. 48.

Rechtsverhältniß der Gerichte.

A. Zu den streitenden Theilen.

1) Gemeinschaftliche Rechte und Verbindlichkeiten des Richters und des Actuars.

§. 84.

I. Das Gericht hat gesetzlichen Anspruch auf Gehorsam und gebührende Achtung, sowohl von Seite der Parteien selbst, als ihrer Stellvertreter.

Fr. 8. D. 49. 1.

c. 11. X. 5. 37.

Eine Verletzung dieses Anspruches kann von dem Gerichte selbst arbiträr bestraft werden,

c. 1. in 6to 5. 9.

vorausgesetzt, daß die Beleidigung dem Richter in seiner amtlichen Eigenschaft zugefügt wurde; — denn wegen

solcher Unbilden, welche ihn nur als Privatmann treffen, steht ihm bloß die Injurienklage zu,

Mevii dec. IX. 108 u. 112.

welche übrigens auch in dem ersten Falle durch die von dem Richter selbst verfügte Ahndung nicht ausgeschlossen wird.

Morstadt, Materialkritik XLV.

II. Die Verhandlungen des Gerichts genießen öffentlichen Glauben, vorausgesetzt daß die gesetzlich vorgeschriebene Form dabei beobachtet wurde; d. h. dasjenige, was in einer gerichtlich ausgefertigten Urkunde, als von dem Gerichte selbst wahrgenommen, bestätiget wird, gilt ohne weiteren Beweis als wahr.

c. 6. C. 7. 52.

c. 7. 11. X. 2. 19.

c. 11 in f. X. 2. 23.

Auch wird im Zweifel vermuthet, daß das Gericht nichts außer Acht gelassen habe, was zur Gültigkeit eines Actes wesentlich nothwendig ist.

c. 23. X. 1. 6.

c. 6. X. 1. 9.

c. 16. X. 2. 27.

III. Das Gericht ist berechtiget, im Laufe des Processes von der Partei, welche eine gerichtliche Handlung veranlaßt, oder, wenn eine Handlung von Amtswegen vorgenommen wird, von beiden Parteien Sporteln zu begehren. Dagegen ist aber

IV. das Gericht verpflichtet, jede Partei, auch wenn es einen unstatthaften Antrag vorauszusehen glaubt, doch zu hören, indem widrigenfalls die querela denegatae just. gegen dasselbe stattfindet;

V. die Anträge, sowie überhaupt alles, was die Parteien vorbringen, oder was von dem Gerichte verfügt

wird und auf die künftige Entscheidung Einfluß haben kann, in gehöriger Form zu den Acten zu bringen;

VI. die Justiz nicht zu verzögern (querela protractae just.) und

VII. sich keine Parteilichkeit zu Schulden kommen zu lassen. C. G. O. 1555. I. 13. §. 2. Der bloße Verdacht einer solchen berechtiget schon zur Perhorrescenz; kann aber nachgewiesen werden, daß das Gericht wirklich aus persönlichen Rücksichten ein ungerechtes Urtheil fällte, so findet, abgesehen von den öffentlichen Strafen, auch die sogenannte Syndicatsklage statt.

Endlich

VIII. sind die Gerichtspersonen auch schuldig die gebührende Amtsverschwiegenheit zu beobachten. C. G. O. 1555. I. 28. §. 3.

Die Vertilgung oder Zurückgabe der Judicialacten kann jedoch von den Parteien nicht gefordert werden. Mev. Dec. VII. 193.

2) Besondere Rechte und Pflichten des Richters.

a) Ohne Rücksicht auf Collegialverbindung.

§. 85.

Zu dem Wirkungskreise des Richters allein gehört

I. die Leitung des Verfahrens; d. h. nur ihm liegt es ob, und nur er ist dazu berechtigt, dafür zu sorgen, daß der Proceß in gesetzlicher Ordnung betrieben werde. Hiebei ist er auch in gewisser Hinsicht von den Anträgen der Parteien unabhängig. S. oben §. 11. lib. B. und §. 12. S. 34.

II. So wie die Leitung des Processes, gehört auch die Urtheilsfällung *ausschließend* zu dem Wirkungskreise des Richters. Er ist es, welcher die von den streitenden Theilen vorgebrachten thatsächlichen Behauptungen unter das Gesetz zu subsumiren, und darnach seine Ansicht über Recht oder Unrecht auszusprechen hat. Hinsichtlich der rechtlichen Beurtheilung ist er auch hier wieder von den Ansichten und Anträgen der Parteien unabhängig; nur in Ansehung des Factums ist er an das gebunden, was die streitenden Theile zu den Acten gebracht haben.

Sollten die Gesetze, nach welchen die Streitsache zu entscheiden ist, dunkel oder widersprechend seyn, so ist es dem Richter nicht erlaubt, bei dem Obergerichte Belehrungen einzuholen, oder um eine authentische Interpretation nachzusuchen, sondern er muß sich in diesem Falle gleichwohl als Rechtsgelehrter eine wissenschaftlich begründete Ueberzeugung zu verschaffen suchen, und dieser gemäß urtheilen.

Magazin von *Grolman* und *Löhr*. III. S. 207.

Bloßes Billigkeitsgefühl darf ihn aber nie bestimmen, ein klares Gesetz außer Acht zu lassen.

pr. I. 4. 17.

Endlich

III. ist es auch Sache des Richters, da wo es nothwendig ist, die *Execution* seiner Beschlüsse zu verfügen und zu leiten.

b) In Collegialverbindung.

§. 86.

Die so eben vorgetragenen Rechte und Verbindlichkeiten des Richters gelten zwar ohne Unterschied, der

Richter mag nun eine einzelne physische Person, oder ein Collegium seyn. Indessen bringt doch die Collegialverfassung manche Eigenthümlichkeit mit sich, welche bei einem Einzelrichter nicht vorkommen kann. Da nämlich

I. bei einem Collegium die Ausübung des Richteramtes nur dem ganzen Vereine zusteht, so ist kein einzelnes Mitglied für sich berechtiget, einen Rechtsstreit zu entscheiden, sondern in der Regel muß bei jedem zu fassenden Beschlusse das Collegium zusammentreten, sich über den zu berathenden Gegenstand einen Vortrag erstatten lassen, und darüber abstimmen. — Nur zu solchen Handlungen, welche füglich nicht wohl von dem ganzen Collegium vorgenommen werden können, pflegt man einzelne Mitglieder als Deputirte zu bestimmen. Auch wird gewöhnlich die Instruction der Sache einzelnen Räthen überlassen.

II. In Ansehung dessen, was bei der Versammlung des Collegiums und bei der Abstimmung zu beobachten ist, entscheidet zunächst die Organisation eines jeden einzelnen Gerichtshofes. Fehlt es an einer solchen, so sollen die Bestimmungen des gemeinen Rechts zur Richtschnur genommen werden. Allein in der Auslegung und Anwendung dieser Bestimmungen herrscht keine Uebereinstimmung.

A. Die Frage, ob alle Mitglieder des Collegiums zur Berathung eingeladen werden, — und wie viele von den Geladenen erscheinen müssen, wenn ein gültiger Collegialbeschluß zu Stande kommen soll, ist von Einigen unter analoger Anwendung der römisch-rechtlichen Vorschriften über die Geschäftsform der Municipalcurien dahin beantwortet worden, daß nicht nur

a) die Convocation sämmtlicher Mitglieder nothwendig sey, sondern auch

b) das wirkliche Erscheinen von wenigstens zwei Drittheilen des ganzen Collegiums.

Fr. 3. 4. D. 3. 4.
Fr. 2. 3. D. 50. 9.
c. 46. C. 10. 31.

Das erste dieser beiden Erfordernisse kann auch ohne die Gefahr der ungereimtesten Consequenzen gar nicht in Zweifel gezogen werden, wobei sich übrigens von selbst versteht, daß, wenn bei einem Collegium gewisse Wochentage ein für allemal als regelmäßige Sitzungstage bestimmt sind, diese allgemeine Bestimmung die Stelle einer jedesmal zu wiederholenden speciellen Einladung vertritt.

Das zweite Erforderniß hingegen wird von Vielen nicht anerkannt, welche vielmehr unter Beziehung auf die in Fr. 85. D. 50. 16. vorkommende Regel „tres faciunt collegium" behaupten, daß, — wenn von den Geladenen auch nur drei Mitglieder erscheinen, diese immer einen gültigen Collegialbeschluß fassen können, gesetzt auch, daß drei Mitglieder noch nicht zwei Drittheile der Geladenen ausmachen.

Gensler, Comm. I. S. 196 u. 197.
Heffter, System. S. 243. nro. 203. not. 93.

Allein der Absicht Desjenigen, welcher ein zahlreiches Justizcollegium errichtet, entspricht doch gewiß der in dieser Hinsicht bei den Municipalcurien beobachtete Grundsatz mehr, als die, — nicht einmal auf die hier vorliegende Frage berechnete Bemerkung des Neratius Priscus in Fr. 85. D. 50. 16.

B. Was die möglichen Resultate der Abstimmung selbst betrifft, so ist

1) jedenfalls außer Zweifel, daß, wenn alle Votanten derselben Meinung sind, diese als Beschluß des Collegiums gilt. — Sind aber

2) die Meinungen getheilt, so kommt es zunächst darauf an, ob eine von diesen Meinungen mehr Stimmen für sich hat, als jede der übrigen (Stimmenmehrheit, Majorität); oder ob jede gleichviel Stimmen zählt (vota paria, Stimmengleichheit).

In dem ersten Falle ist weiter zu unterscheiden:

a) die Stimmenmehrheit ist eine s. g. absolute, d. h. eine Meinung hat mehr als die Hälfte aller Stimmen für sich. — Hier ist es keinem Zweifel unterworfen, daß diese Meinung den Vorzug hat.

Fr. 36. 39. D. 42. 1.
Fr. 19. D. 50. 1.
Fr. 17. §. 6. D. 4. 8.
Fr. 160. §. 1. D. 50. 17.
Reichshofr. O. v. 1654. Tit. 5. §. 15.

b) Die Majorität ist nur eine s. g. relative, d. h. eine Meinung hat zwar mehr Stimmen für sich, als jede der übrigen, aber doch nicht mehr als die Hälfte aller Stimmen.

In diesem Falle ist die Sache bestritten. Einige Rechtslehrer wollen wegen des

c. 48. X. 1. 6.

eine solche Stimmenmehrheit gar nicht gelten lassen, und glauben daher, daß der Versuch gemacht

werden müsse, durch wiederholte Umfrage eine absolute Majorität herauszubringen. — Gelänge aber dieser Versuch nicht, so soll man zur Actenversendung Zuflucht nehmen, oder zu temporärer Verstärkung des Collegiums durch Zuziehung neuer Mitglieder.

Heffter, über die juristische Intelligenz im Archiv für die civ. Prax. Bd. XIII. S. 74 oben; — obgleich derselbe früherhin die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt hatte. (Instit des Civilpr. S. 243 a. E.)

J. B. Sartorius, Deutschlands Rechtspflege. Würzb. 1832, S. 230.

Andere hingegen halten auch eine relative Majorität schon für hinreichend.

Gensler, Comm. I. S. 198.

Von diesen beiden Ansichten dürfte nach der Analogie gemeinrechtlicher Vorschriften sowohl, als aus allgemeinen Gründen die erstere den Vorzug verdienen.

3) Im Falle einer Stimmengleichheit endlich hält man sich, — wenn nicht etwa nach der Organisation des Gerichts der Präsident in diesem Falle ein Decisivvotum zu führen berechtiget ist, an folgende Regeln:

a) Betrifft die Differenz nur die summa condemnationis, so gehen die Stimmen für die geringste Summe vor.

Fr. 38. §. 1. D. 42. 1.

c. 1. in 6to 1. 22.

b) Außerdem ist darauf zu sehen, ob das Streitverhältniß eine gesetzliche Begünstigung genießt, oder nicht. In dem ersten Falle ist

die Meinung vorzuziehen, nach welcher das begünstigte Verhältniß aufrecht erhalten wird. In dem zweiten Falle kommt der Satz zur Anwendung: „in dubio pro reo."

Fr. 38. D. 42. 1.
c. 26. X. 2. 27.
Vgl. jedoch Fr. 10. D. 49. 14.
Heffter, System, §. 203.
A. M. ist Sartorius a. a. O. S. 236 flg.

3) Besondere Rechte und Verbindlichkeiten des Actuars.

§. 87.

Der Actuar hat weder an der Direction des Processes, noch an der Urtheilsfällung Theil zu nehmen; dagegen steht es aber ausschließend ihm zu, Dasjenige, was in einem Civilprocesse von den Parteien mündlich vorgetragen wird, so wie jeden zur Verhandlung des Processes gehörigen Act in gesetzlicher Form schriftlich aufzuzeichnen. — Von dem Richter hängt er nur insofern ab, als er ohne Auftrag desselben nicht thätig werden darf. In Ansehung Dessen aber, was aufgezeichnet werden soll, ist er unabhängig, d. h. er ist nicht schuldig, auf Befehl des Richters etwas niederzuschreiben, was nicht vorgegangen, oder etwas Wesentliches hinwegzulassen, was wirklich geschehen ist. Denn sonst würde die Stellung des Actuars den Zweck einer Controle des Richters nicht erreichen können, welchen doch das Gesetz dabei vor Augen hat.

c. 11. X. 2. 19.

Die Aufzeichnung der Verhandlungen soll übrigens mit möglichster Treue und Genauigkeit, selbst, — wo etwas darauf ankommt, — mit Beibehaltung der dabei gebrauchten Worte geschehen. Eben daher sollen auch die Protokolle nicht etwa erst einige Zeit nach der Vornahme des zu protokollirenden Actes, sondern sogleich in continenti verfertiget und den Anwesenden zur Bestätigung vorgelesen werden.

Not. Ordn. von 1512.

Vgl. P. G. O. §. 181, 182 und 189.

Vis. Absch. von 1713. §. 27.

Außerdem hat gewöhnlich der Actuar auch für die Ausfertigung der richterlichen Beschlüsse, für die Führung des s. g. Productenbuches, sowie für die Sammlung und Ordnung der Acten zu sorgen.

B. Rechte und Pflichten der Gerichte gegen andere Gerichte.

§. 88.

Die Rechte und Verbindlichkeiten eines Gerichts gegen ein anderes bestimmen sich darnach, ob sie beide einander coordinirt sind, oder ob Eines dem Andern untergeordnet ist.

In dem letzten Falle steht zwar dem höheren, vorgesetzten Gerichte keineswegs das Recht zu, dem subordinirten Belehrungen oder Aufträge darüber zu ertheilen, wie eine bereits anhängige, aber noch nicht entschiedene Streitsache entschieden werden soll, indem dadurch den Parteien in der That eine Instanz entzogen würde; — wenn aber ein streitender Theil mit dem bereits gefällten und eröffneten Urtheile des Untergerichts unzufrieden ist, so kann er die Sache durch den Gebrauch geeigneter

Rechtsmittel an das zuständige Obergericht bringen, und dieses ist sodann berechtiget, das Erkenntniß des Untergerichts zu prüfen, und dasselbe nach Befund der Sache abzuändern.

Diese Prüfung und Abänderung unterrichtlicher Erkenntnisse ist eigentlich oberrichterliche Function, weßhalb auch dieselbe nach der Verhandlungsmaxime nicht von Amtswegen, sondern nur in Folge einer von einem streitenden Theile geschehenen Aufforderung (z. B. durch Appellation) ausgeübt werden darf.

Den Obergerichten steht aber auch ein Oberaufsichtsrecht über die Justiz-Administration bei den ihnen untergeordneten Gerichten zu, welches sie auch unaufgefordert auszuüben sogar verpflichtet sind.

Was das Verhältniß coordinirter Gerichte betrifft, so sind diese zwar von einander unabhängig. Da sich jedoch kein Gericht einen unmittelbaren Eingriff in ein fremdes Jurisdictionsgebiet erlauben, z. B. keinen auswärtigen Gerichtsunterthan selbst durch seine Gehülfen citiren, oder einen Augenschein in einem fremden Gerichtsbezirke vornehmen darf u. dergl., und da gleichwohl nicht selten die vollständige Instruction einer Sache die Vornahme solcher Handlungen außerhalb der Jurisdictionsgränzen des competenten Gerichtes nothwendig macht; — so hat sich der zum Theile auch schon im Röm. und canon. Rechte.

Nov. 17. c. 14.

Nov. 134. c. 5.

c. 1. §. 3. in 6to 2. 2.

Brackenhöft, Erört. S. 218. not. 16. u. S. 529.

anerkannte Grundsatz gebildet, daß jedes Gericht schuldig ist, andere Gerichte auf gehörig gestelltes Ansuchen (Requisition, Hülfsschreiben) in der Administration der Justiz

zu unterstützen. Weigert sich das requirirte Gericht, dem Begehren des requirirenden Statt zu geben, und sind beide Gerichte desselben Landes, so kann deßhalb von dem letzteren bei dem zuständigen Oberrichter Beschwerde geführt, und dadurch die Anwendung geeigneter Zwangsmaßregeln bewirkt werden. Ist aber das requirirte Gericht ein ausländisches, so bleibt im Falle verweigerter Rechtshülfe jetzt wohl kein anderes Mittel übrig als Retorsion, wenn nicht etwa in Folge besonderer Staatsverträge auf diplomatischem Wege die Gewährung der verlangten Hülfe bewirkt werden kann.

Die Verbindlichkeit, einer Requisition Folge zu leisten, setzt jedoch voraus,

1) daß sie von dem Gerichte gestellt wurde, wo der Hauptstreit selbst anhängig ist;

2) daß die vorzunehmende Handlung nicht die Gränzen der amtlichen Befugnisse des requirirten Gerichts überschreite;

3) daß das Begehren nicht offenbar gesetzwidrig sey, und auch

4) keinen Eingriff in die eigene Competenz des requirirten Gerichts enthalte. Der Gerichtsgebrauch fordert endlich

5) auch noch in dem Requisitionsschreiben das ausdrückliche Erbieten zu gleicher Rechtshülfe (assertio reciproci) und die Beifügung der Formel: „in subsidium juris.“ Allein Beides ist unwesentlich. Sind aber die gedachten Erfordernisse vorhanden, so steht es dem requirirten Richter nicht zu, sich über die Einwendungen, welche allenfalls von den Parteien gegen die Rechtmäßigkeit des Begehrens vorgebracht werden, selbst eine Cognition zu erlauben, sondern er muß von diesen Einwendungen das requirirende Gericht in Kenntniß setzen, und

gleichwohl diesem die Beurtheilung und Entscheidung überlassen.

arg. c. 28. §. 3. X. 1. 29.

c. 5. X. 2. 27.

A. M. *J. H. Böhmer,* J. E. P. lib. II. tit. 27. §. 57.

Vgl. jedoch Fr. 15. §. 1. verb. mit §. 4. D. 42. 1.

Gensler, Comm. S. 107.

Gesterding, Nachforsch. II. S. 313.

Was bisher von der Verbindlichkeit coordinirter Gerichte zur gegenseitigen Rechtshülfe gesagt worden ist, gilt übrigens auch von solchen, welche nicht in diesem Verhältnisse stehen, d. h. auch ein höheres Gericht ist verpflichtet, einem untergeordneten, so wie dieses jenem, wenn es die Umstände erheischen, die nöthige Unterstützung angedeihen zu lassen; nur geschieht hier die Aufforderung dazu nicht in der Form von Requisitionsschreiben, sondern von Berichten oder Rescripten.

Sollte sich ein Gericht, mit Umgehung der gesetzlichen Formen, einen eigenmächtigen unmittelbaren Eingriff in die Jurisdictionsverhältnisse eines andern erlauben, so ist nicht nur Beschwerdeführung bei dem zuständigen Obergerichte, sondern auch Selbsthülfe dagegen zulässig.

Mev. VII. dec. 193.

Von den Folgen der Verletzung der bisher angeführten Verbindlichkeiten des Gerichts.

§. 89.

Wenn der Richter die ihm obliegenden Pflichten verletzt, so kann sich die dadurch gekränkte Partei nicht nur unter den gehörigen Voraussetzungen der ordentlichen

und außerordentlichen Rechtsmittel bedienen (z. B. der Appellation, der Richtigkeitsbeschwerde), sondern auch zuweilen eine Civilklage gegen den Richter anstellen (die s. g. Syndicatsklage), oder durch Beschwerdeführung bei dem Obergerichte Disciplinarbefehle gegen denselben zu erwirken suchen (querela protractae vel denegatae justitiae). Ja nach dem Verhältnisse der Größe der Pflichtverletzung können den Richter selbst Criminalstrafen treffen. Da jedoch von diesen letzteren in der Theorie des Criminalrechts, — von den ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln aber weiter unten gehandelt wird, so ist hier nur von der Syndicatsklage und von der querel. prot. vel deneg. just. zu sprechen.

A. Von der Syndicatsklage.

§. 90.

Wenn der Richter ein ungerechtes Urtheil fällt, so macht er sich dadurch verbindlich, der Partei, welche dadurch leidet, allen verursachten Schaden aus seinem Privatvermögen zu ersetzen.

c. 2. C. 7. 49.

Die Klage, welche zu diesem Zwecke gegen ihn angestellt werden kann, wird im Röm. Rechte durch die Ausdrücke bezeichnet: „actio contra judicem, qui litem suam fecit.“

Fr. 6. D. 50. 13.

Fr. 15. 16. D. 5. 1.

pr. I. 4. 5.

In den deutschen Reichsgesetzen wird aber der Ausdruck „Syndicatsklage“ dafür gebraucht.

R. A. 1532. §. 17.

C. G. O. 1555. III. 53. §. 6 und 10.

Ueber den Ursprung dieser Benennung s. *Schilter,* Exerc. ad Pand. X. §. 60. — *Leyser,* med. sp. 680. med. 4.

Ueber die Voraussetzungen, unter welchen diese Klage angestellt werden kann, sind die Meinungen sehr verschieden. Insbesondere ist man

1) darüber nicht einig, ob sie nur ob dolum, oder auch ob culpam judicis stattfinde. Zwei Stellen des Römischen Rechtes setzen offenbar einen dolus voraus, nämlich

Fr. 15. §. 1. D. 5. 1. und
c. 2. C. 7. 49.

Drei andere dagegen erklären den Richter auch dann für obligirt, wenn er nur „per imprudentiam male judicavit.“

pr. I. 4. 5.
Fr. 5. §. 4. D. 44. 7.
Fr. 6. D. 50. 13.
Theophil. ad pr. J. 4. 5.

Gewöhnlich werden nun diese widersprechenden Stellen in der Art vereiniget, daß man der Klage in den beiden Fällen verschiedene Zwecke unterlegt, und sie ob dolum und wohl auch wegen grober culpa auf das volle Interesse, ob levem culpam aber nur auf eine arbiträre Genugthuung zuläßt.

Weber, von der natürl. Verb. §. 12. Not. 4.
Reinhardt, Handb. II. S. 295.
Heffter, System, S. 97.
Puchta, Pand. §. 390.

Für diesen Vereinigungsversuch spricht auch in der That der Inhalt der Stellen mehr, als für einen anderen, demzufolge der Ausdruck: „imprudentia“ nur

culpa lata bedeuten soll, so, daß ob culpam levem die Klage nach Röm. Rechte gar nicht angestellt werden könnte.

Dr. P. C. Kritz, über die culpa nach Röm. Rechte Leipz. 1823. S. 110 flg.

Allein heutzutage muß man allerdings annehmen, daß die Syndicatsklage nur dann stattfinde, wenn der Richter aus Betrug und Arglist ein ungerechtes Urtheil gesprochen hat, weil die Reichsgesetze dieses ausdrücklich verordnen, und in dem Falle, „wo es aus Uebersehen oder Irrsal geschehen," zur Appellation verweisen.

C. G. O. III. 53. §. 5, 6 und 10.

v. Wening-Ingenheim, Lehrb. III. §. 314.

Die Einwendung, daß die Reichsgesetze zunächst nur die Beisitzer des C. G. im Auge hatten,

Heffter a. a. O. S. 99. not. 217.

dürfte wohl nicht hinreichen, um die Vorschriften des Röm. Rechtes in dieser Hinsicht noch als geltend darzustellen.

2) Hinsichtlich der Frage, gegen wen die Syndicatsklage formell zu richten sey, entscheidet im Allgemeinen der gesetzlich ausgesprochene Grundsatz, daß für die Folgen des ungerechten Urtheils nur der zu haften habe, dem ein dolus zur Last fällt.

C. G. O. a. a. O. §. 10.

Fr. 2. D. 2. 2.

Die Anwendung dieses Grundsatzes ist in dem Falle, wenn das Urtheil von einem Einzelrichter ausgegangen ist, keiner Schwierigkeit unterworfen. Wie aber dieser Grundsatz auf jene Frage dann angewandt werden soll, wenn ein Collegium erkannt hat, scheint aus dem Grunde schwer zu bestimmen zu seyn, weil der Beschädigte (von außerordentlichen Zufällen abgesehen)

nicht weiß, und — in Folge des Amtsgeheimnisses nicht einmal wissen soll, welche Mitglieder des Collegiums an der Berathung und Abstimmung Theil genommen haben. Aus diesem Grunde nehmen Einige an, daß der Beschädigte die Syndicatsklage gegen das ganze Collegium zu richten habe, in dessen Namen das Erkenntniß gefällt wurde; daß aber dem Collegium anheimgestellt bleibe, die betheiligten Mitglieder dem Kläger namhaft zu machen, welchen allein sodann das fernere Verfahren gelten soll.

Blätter für Rechtsanwendung von J. A. Seuffert und Christian Carl Glück, II. Bd. S. 309.

Da jedoch die benannten, bei der Beschlußfassung thätig gewesenen Mitglieder darum noch nicht nothwendig auch participes doli seyn mußten, so müssen die Vertheidiger dieser Ansicht auch noch in diesem engeren Kreise den schuldlosen Mitgliedern den Regreß gegen die eigentlich schuldigen vorbehalten.

Heffter, System, S. 98.

Eine andere Meinung geht dahin, der Beschädigte habe sich in einem solchen Falle an die höchste Staatsbehörde zu wenden, um durch diese für den gegebenen Fall eine Ausnahme von der Regel des Amtsgeheimnisses zu bewirken, und auf solche Art den Namen des Referenten zu erfahren, gegen welchen sodann allein die Klage zu richten sey.

Langenn und Kori, Erörter. Th. II. S. 45 und 46.

Gegen diese Meinung spricht aber der Umstand, daß auch der Referent nicht immer der schuldige Theil seyn muß, indem er, selbst arglos handelnd, von den übrigen Mitgliedern dolose überstimmt werden kann.

Die richtige Ansicht scheint die zu seyn, daß der Verletzte, wie bei allen anderen Privatklagen, auch hier den Verpflichteten selbst ausfindig und in seiner Klageschrift persönlich namhaft zu machen hat. — Da jetzt die Syndicatsklage nur noch wegen eines dolus des Richters angestellt werden kann, so läßt sich nicht behaupten, daß hiermit dem Kläger etwas Unmögliches zugemuthet werde. Denn wenn er nicht eine specielle Thatsache erfahren hat, welche den Vorwurf eines dolus begründet, so kann er überhaupt mit Erfolg nicht klagen, weil eine solche Thatsache in der Geschichtserzählung angeführt werden muß. Ist ihm aber eine Handlung dieser Art bekannt geworden, so wird er in der Regel auch zugleich den Urheber erfahren haben, weil dergleichen Handlungen gewöhnlich nicht erst während der amtlichen Berathung vorkommen, sondern schon in den früheren Kreis des Privatlebens des schuldigen Richters fallen (z. B. Bestechung, dem Gegner gemachte Zusicherungen, drohende Aeußerungen u. dergl.). Nur dann, wenn die Syndicatsklage auch wegen Fahrlässigkeit, insbesondere wegen unvollständiger Beachtung des Acteninhaltes zugelassen wird, können zuweilen die oben angedeuteten Schwierigkeiten eintreten, und in diesem Falle dürfte die Ansicht von Heffter am meisten für sich haben.

Wenn übrigens mehrere Mitglieder des Collegiums einer dolosen Handlungsweise überführt werden können, so haftet jedes derselben für das Ganze.

3) Gegen die Erben des schuldigen Richters konnte die Klage nach Röm. Rechte nur dann angestellt werden, wenn ein bei dieser Gelegenheit von dem Richter gemachtes turpe lucrum auch ihnen zu Gute gekommen, und nur so weit, als es ihnen zu Gute gekommen war.

Fr. 16. D. 5. 1.

Fr. 5. D. 3. 6.

Das canonische Recht ist in dieser Hinsicht strenger, indem es die Erben eines ex delicto Verpflichteten überhaupt zum Ersatze des angestifteten Schadens nach Maßgabe ihres Vermögens verbindlich macht.

c. 5. X. 5. 17.

Die Praxis hat jedoch diese Strenge in der Art gemildert, daß die Erben nur bis auf den Bestand der Erbmasse zu haften brauchen.

v. Vangerow, Leitf. I. S. 166.

Schmid, Handb. I. S. 310.

Vgl. jedoch Heffter, System, S. 98. not. 211.

Uebrigens ist

4) die Syndicatsklage nicht subsidiarischer Natur, d. h. der Verletzte muß nicht etwa erst alle zulässigen Rechtsmittel gegen das ungerechte Urtheil vergebens versucht haben, um gegen den Richter mit jener Privatklage auftreten zu können, sondern er kann diese sogleich, mit Beiseitsetzung der allgemeinen Rechtsmittel, anstellen.

Strube, rechtl. Bedenk. II. 124.

Nur muß er bereits wirklich einen Schaden erlitten haben, weßhalb z. B. vor dem Vollzuge eines ungerecht condemnirenden Urtheils die Syndicatsklage mit Erfolg nicht gebraucht werden kann.

Heffter, Syst. a. a. O. not. 212.

Zu weit geht jedoch in dieser Hinsicht

Weber in der Zeitschrift von Linde VII. S. 35 flg.

Von der Appellation ist die Syndicatsklage, als eine auf Entschädigung aus dem Privatvermögen des Richters abzielende Klage durchaus verschieden, sowohl in Ansehung

des Gerichtsstandes, als der Bedingungen der Zulässigkeit und des Erfolges.

B. Von der Beschwerde über verweigerte oder verzögerte Justiz (*querela denegatae vel protractae justitiae).*

§. 91.

Eine Justizverweigerung ist genau genommen nur in dem Falle vorhanden, wenn das Gericht geradezu erklärt daß es einer Partei die nachgesuchte rechtliche Hülfe nicht gewähren wolle. Die Ertheilung eines abschlägigen Decrets aus beigefügten, richtigen oder auch unrichtigen Gründen ist keine Justizverweigerung, und noch weniger kann von einer solchen in dem Falle die Rede seyn, wenn der Richter durch äußere Hindernisse abgehalten wird, auf gestellte Anträge die geeignete Verfügung zu erlassen. In praktischer Hinsicht ist eine scharfe Begriffsbestimmung deßhalb von Belang, weil in den zuletzt angedeuteten Fällen nicht die Beschwerde wegen verweigerter Justiz anwendbar ist, sondern andere Rechtsmittel, z. B. die Appellation, gebraucht werden müssen, welche wesentlich von jener Beschwerde abweichen.

Die Justiz kann übrigens nicht bloß dem Kläger, sondern auch dem Beklagten verweigert werden. Da sie jedoch dem Letzteren gegenüber darin besteht, daß ihm der Richter die Gelegenheit zur Vertheidigung entzieht, und ihn ungehört verurtheilt, so steht dem Beklagten außer dieser Beschwerde auch noch das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde offen, dessen Gebrauch in den meisten Fällen angemessener ist, als der Gebrauch der querela deneg. justitiae.

Eine Justizverzögerung ist dann vorhanden, wenn zwar die Partei keinen Grund hat, anzunehmen,

daß der Richter die rechtliche Hülfe absichtlich nicht leisten wolle, wenn er sich jedoch in Gewährung dieser Hülfe ungebührend saumselig finden läßt. Als ungebührende Saumseligkeit wird es aber in den Reichsgesetzen bezeichnet, wenn einer Partei „in Zeit eines Monats nach geschehenem Ersuchen nicht zu Recht verholfen wird“;

C. G. O. Thl. II. Tit. 1. §. 2.

an welche Bestimmung man sich jedoch in der Praxis aus guten Gründen nicht strenge bindet, die Beschwerde sowohl über verzögerte, als über verweigerte Justiz muß immer bei dem nächsten Obergerichte, und wenn etwa der Vorwurf dem obersten Gerichtshofe selbst gemacht würde, bei dem Landesherrn angebracht werden.

C. G. O. a. a. O.

R. D. A. von 1600. §. 27.

v. Gönner, Handb. III. Abh. 67. §. 2—11.

Sollte übrigens in einem deutschen Bundesstaate auf gesetzlichem Wege überall keine Abhülfe zu erlangen seyn, so liegt der Bundesversammlung ob, die Beschwerde anzunehmen, und die gerichtliche Hülfe bei der Regierung des betreffenden Staates zu bewirken.

Schlußacte vom J. 1820. Art. 29.

Auf die Beschaffenheit der Sache, oder den Werth des Streitobjects kommt bei dem Gebrauche dieser Beschwerden nichts an, und eben so wenig ist man dabei an die Beobachtung gewisser Fatalien gebunden, wie bei dem Gebrauche eigentlicher Rechtsmittel, z. B. der Appellation.

Das Verfahren richtet sich nach folgenden Grundsätzen:

1) Die bei dem Obergerichte eingereichte Beschwerdeschrift (in welcher übrigens die Thatsache der Verweigerung oder Verzögerung der Justiz zweckmäßig sogleich

bescheiniget wird) ist dem angeklagten Untergerichte mit dem Befehle mitzutheilen, binnen einer bestimmten Frist bei Vermeidung einer anzudrohenden Geldstrafe entweder die nachgesuchte Rechtshülfe zu gewähren, oder die Gründe anzugeben, wegen welcher es nicht geschehen könne (literae promotoriales, oder mandatum de administr. justitiae).

2) Wird diesem Befehle Folge geleistet, und zwar durch Gewährung der Rechtshülfe selbst, so ist dadurch die Beschwerde gehoben. Entschuldigt sich aber der Unterrichter, so werden die vorgebrachten Entschuldigungsgründe von dem Obergerichte geprüft, — und — im Falle der Erheblichkeit derselben der Beschwerdeführer zur Ruhe verwiesen; im Falle der Unerheblichkeit aber das Untergericht wiederholt zur Erfüllung seiner Pflicht, und zwar binnen einer abgekürzten Frist, und unter Androhung einer erhöhten Geldstrafe aufgefordert.

3) Im Falle eines fortgesetzten Ungehorsams wird der Unterrichter nicht bloß zur Vergütung der dem Beschwerdeführer verursachten Kosten, sowie zur Entrichtung der angedrohten Geldstrafen angehalten, sondern es wird ihm auch die Cognitionsbefugniß in der betreffenden Streitsache selbst entzogen (avocatio causae). Den Reichsgesetzen zufolge ist das Obergericht berechtigt, diese Befugniß nun selbst auszuüben. Allein, um den Parteien keine Instanz zu entziehen, wird gewöhnlich die Verhandlung und Entscheidung der streitigen Hauptsache durch Delegation einem anderen Untergerichte übertragen.

Anhang.

Von der Actenversendung.

§. 92.

Die zwei Hauptfunctionen des Richters in streitigen Civilsachen sind — die Leitung des Verfahrens, — die Instruction der Sache, — und die Entscheidung derselben. In der Regel werden nun zwar diese beiden Functionen in der Ausübung nicht getrennt, d. h. dasselbe Gericht, welches den Proceß instruirt hat, entscheidet ihn auch.

Eine Ausnahme von dieser Regel bildet jedoch das in einigen deutschen Staaten auch jetzt noch bestehende Institut der Actenversendung, demzufolge das Gericht, welches die Streitsache instruirte, nicht selbst das Urtheil fällt, sondern die Acten zu diesem Zwecke an ein Spruchcollegium oder an eine Juristenfacultät versendet. Der Ursprung dieses Instituts ist deutsch, und fällt schon in die Zeit vor der Aufnahme des Römischen Rechtes.

Wenn nämlich ein Fall vorkam, in welchem sich die Urtheiler oder Schöffen nicht getrauten, das Urtheil selbst zu finden, — ein Fall, der sich gewiß öfter ereignete, seitdem die Gemeinden größer und die Verhältnisse des bürgerlichen Lebens verwickelter geworden waren; — so war es ihnen gestattet, sich deßhalb bei einem anderen Gerichte, insbesondere bei einem Oberhofe, oder Schöffenstuhl Raths zu erholen, und dessen Meinung als Urtheil auszusprechen.

v. Maurer, Geschichte des öff. mündl. Gerichtsverf. §. 160.

Durch das Eindringen des Römischen Rechtes wurde diese Sitte nicht nur nicht verdrängt, sondern vielmehr befestiget und erweitert, weil jetzt die Urtheiler wegen ihrer Unbekanntschaft mit diesem fremden Rechte der Belehrung noch öfter bedurften, als vorher. — Nur trat insofern eine Veränderung ein, daß man es jetzt in der Regel vorzog, sich mit der Anfrage an die Juristenfacultäten der neuentstandenen Universitäten zu wenden, weil man den Mitgliedern dieser Collegien eine genauere Kenntniß des Römischen Rechtes zutraute, als den volksthümlichen Gerichten. Daß aber die Facultäten solchen Anfragen mit Bereitwilligkeit entgegenkamen, ist nicht bloß aus dem Umstande, daß die Analogie des römischen Instituts der responsa prudentum dafür angeführt werden konnte, sondern noch mehr aus dem Zuwachs an Einfluß, Ehre und pecuniärem Vortheil zu erklären, welchen die Facultäten durch diese Sitte erlangten. — Daß übrigens die Anfragen nicht mehr, wie in der früheren Zeit mündlich, sondern schriftlich unter Mittheilung der Acten gestellt wurden, war eine Folge der Einführung des schriftlichen Verfahrens.

Diese alte germanische Sitte wurde in ihrer allmählichen Entwickelung auch durch die deutsche Reichsgesetzgebung keineswegs gestört, sondern vielmehr bekräftiget und unterstützt. Die peinliche Gerichtsordnung vom Jahre 1532 machte es der Obrigkeit sogar zur Pflicht, im peinlichen Inquisitionsverfahren, „wo ihr Zweifel zufielen, bei den nächsten hohen Schulen, Städten, Communen, oder anderen Rechtsverständigen Rath zu suchen."

P. G. O. Art. 219.

Daß aber diese Sitte auch in Civilsachen in ununterbrochener Uebung blieb, beweist die Vorschrift des

D. A. von 1600, §. 16, und auch noch das J. R. A. §. 113.

Während des vorigen Jahrhunderts ist zwar allerdings dieses altgermanische Institut in vielen deutschen Staaten erloschen, oder aufgehoben worden. — Im Norden von Deutschland hat sich jedoch dasselbe noch in mehreren Ländern erhalten, und selbst die deutsche Bundesgesetzgebung hat noch in einem Falle Gebrauch davon gemacht.

D. B. A. Art. 12.

Vergl. Bundestagsbeschlüsse vom Nov. 1834 u. 1835. Bundesbeschluß vom 2. April 1848.

v. Linde, Vorrede zur siebenten Auflage, s. Lehrb. S. VI.

Ueber die Entstehung und Ausbildung der Actenversendung s.

Eichhorn, d. Staats- und Rechtsgesch. IV. §. 577. — Heffter, System, §. 64. — Sartorius in der Zeitschrift von Linde und Marezoll, Bd. XIV. S. 221 flg.

Als leitende Grundsätze bei dem Gebrauche dieses Institutes sind folgende zu bemerken:

I. Wenn beide Parteien auf die Actenversendung antragen, so ist sie ohne Zweifel zulässig. Denn durch Uebereinkunft (Prorogation) können ja die Parteien dem Richter sogar die Verhandlung der ganzen Sache entziehen. — Auf den einseitigen Antrag einer Partei soll aber nach gesetzlicher Vorschrift die Actenversendung nur in zwei Fällen stattfinden, nämlich

1) bei dem Gebrauche eines s. g. bloß suspensiven Rechtsmittels, z. B. der Revision, nach

D. A. 1600 §. 16 und

J. R. A. §. 113;

2) in Sachen, welche bei den gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichten der kleinern deutschen Bundesstaaten und der vier freien Städte anhängig werden.

D. B. A. Art. 12.

B. T. Prot. B. IV. S. 104 flg.

v. Dresch, öff. R. d. d. B. §. 128. not. d.

Allein die Praxis läßt die Actenversendung auf einseitiges Verlangen in allen Fällen gelten.

Mev. Dec. III. dec. 40. Nr. 1.

Ja sie gestattet sogar dem Richter die Acten aus eigenem Antriebe zum Spruche zu verschicken, obgleich Dieses reichsgesetzlich nur in Criminalsachen, und auch hier nur im Inquisitionsprocesse erlaubt war.

P. G. O. Art. 219.

II. Was die Kosten betrifft, so soll man dabei zuvörderst unterscheiden, ob die Actenversendung in dem gegebenen Falle gesetzlich nothwendig war oder nicht. — In dem ersten Falle sollen alle Kosten ohne Unterschied Dem zur Last gelegt werden, welcher überhaupt zum Proceßkostenersatze verurtheilt wird; wenn aber die Kosten compensirt werden, beiden Theilen gemeinschaftlich. — Dieselben Grundsätze dürften auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Richter unaufgefordert, von Amtswegen die Actenversendung verfügt. — In dem zweiten Falle hingegen, — also dann, wenn die Actenversendung bloß auf Antrag der Parteien stattfindet, — sollte man eigentlich die Urtheilsgebühren von den bloßen Transmissionskosten trennen. — Die letzteren können in diesem Falle nie als expensae necessariae betrachtet werden, weil, — wenn auch nicht auf die Actenversendung angetragen worden wäre, doch eine Entscheidung bei dem ordentlichen inländischen

Richter erfolgt seyn würde. Die bloßen Versendungskosten sollen daher immer, und ohne Rücksicht auf das Erkenntniß über den Kostenpunkt in der Hauptsache selbst Dem aufgelegt werden, der um die Actenversendung gebeten hat. Haben aber beide Theile darum gebeten, so sollen sie auch diese Kosten gemeinschaftlich tragen. — Die Urtheilsgebühren hingegen sind in der That nothwendige Auslagen, weil auch der ordentliche inländische Richter, wenn die Actenversendung nicht stattgefunden hätte, für die Entscheidung Gebühren aufgerechnet haben würde. Sie fallen also der Partei zur Last, welche überhaupt zum Kostenersatze verurtheilt wird; im Falle einer Compensation aber beiden Parteien gemeinschaftlich. — Nur in Ansehung Dessen, um was das auswärtige Urtheil kostspieliger war, als ein von dem ordentlichen Richter gesprochenes gewesen seyn würde, ließe sich eine Ausnahme von diesem Grundsatze und daher die Behauptung rechtfertigen, daß auch dieser Mehrbetrag, als eine nicht nothwendige Auslage, immer dem veranlassenden Theile zur Last falle.

In der Praxis werden jedoch häufig diese Unterscheidungen nicht gemacht, sondern Urtheilsgebühren und eigentliche Versendungskosten zusammengeworfen, und beide, — wenn nur eine Partei um Transmission gebeten hat, — dieser allein; — wenn aber beide Theile darauf angetragen hatten, oder wenn sie von Amtswegen verfügt worden war, beiden Parteien gemeinschaftlich aufgebürdet.

Vergl. Elsässer, von dem Geschäftsgange bei der Versend. der Acten an Rechtscolleg. §. 83 (hinter Danz, Grunds. des ord. Proc., Ausg. von Gönner, Stuttg. 1806).

Gensler, Hdb. S. 190. not. 12.

III. Die Actenversendung findet nicht etwa bloß rücksichtlich des Endurtheils statt, sondern kann auch im Laufe des Processes verfügt werden, wenn es darauf ankommt, einen Zwischenbescheid zu erlassen. — Auch ist es gleichgültig, in welcher Instanz die Sache anhängig ist.

IV. Die Wahl des Spruchcollegiums, an welches die Acten versendet werden sollen, steht nicht den Parteien, sondern dem Richter zu, und ist von dem Letzteren, um alle Umtriebe zu vermeiden, bis zur Eröffnung des Urtheils geheim zu halten. Dagegen hat aber jeder streitende Theil das Recht, drei Facultäten auszuschließen (jus eximendi), und zwar, ohne deßhalb Gründe angeben zu müssen. Die deutschen Reichsgesetze gestatteten die Actenversendung auch an einzelne unparteiische Rechtsgelehrte;

R. A. 1600. §. 10.

J. R. A. §. 113.

allein heutzutage geschieht sie nur noch an Collegien (Facultäten oder Schöppenstühle). Ausländische, d. h. nicht deutsche Facultäten, sind dabei ausdrücklich ausgeschlossen.

D. B. A. Art. 12.

V. Das von dem Spruchcollegium gefaßte Urtheil hat dieselbe Kraft, als wenn es von dem versendenden Richter selbst erlassen worden wäre; weßhalb auch das Spruchcollegium nicht in eigenem Namen, sondern im Namen des versendenden Gerichtes, — bloß mit dem Zusatze: „auf eingeholten Rath auswärtiger Rechtsgelehrten" — das Urtheil abfaßt; — und der transmittirende Richter nichts daran abändern darf, wenn er auch nicht damit einverstanden wäre.

Diese Grundsätze beruhen jedoch keineswegs durchgehends auf ausdrücklichen gesetzlichen Vorschriften über die Actenversendung in Civilsachen, sondern theils auf analoger Anwendung des Art. 219 der P. G. O., theils auf dem Gerichtsgebrauche.

Aus dem legislativen Gesichtspunkte läßt sich übrigens für dieses Institut besonders der Grund anführen, daß man auf diesem Wege sicherer, als auf jedem andern, unparteiische Justiz erwarten kann. — Die Zulassung der Actenversendung bloß nach richterlicher Willkür ist aber wohl auf keinen Fall zu billigen.

v. Gönner, Hdb. I. Abh. 4.

Nicht zu verwechseln mit der so eben dargestellten Actenversendung ist der Fall, wenn sich eine Partei außergerichtlich zu ihrer Information von einer Juristenfacultät ein Gutachten (responsum) ertheilen läßt.

S. überhaupt Sartorius in der Zeitschrift von Linde und Marezoll, Bd. XIV. S. 219—256.

Von den Nebenpersonen im Processe.

§. 93.

Unter den Nebenpersonen versteht man solche, welche zwar in einem Processe mitthätig seyn können, und es häufig auch wirklich sind, deren Theilnahme jedoch nicht als so wesentlich erscheint, daß ohne dieselbe die Führung eines Rechtsstreites im Allgemeinen gar nicht gedacht werden könnte; folglich alle mithandelnden Personen außer dem Richter, dem Actuar und den streitenden Theilen. — Solche Nebenpersonen kommen sowohl auf Seite des Gerichts, als auf Seite der Parteien

vor. In die erste Classe gehören z. B. Registratoren, Copisten, Gerichtsdiener u. dgl.; zur zweiten Classe sind aber vorzugsweise die Beistände, Stellvertreter und Geschäftsführer der Parteien zu zählen. Von diesen soll nun ausführlicher gehandelt werden, und zwar zuerst von den

Advocaten.

§. 94.

Das Wort „advocatus" wurde in den Zeiten des Röm. Freistaates in einer anderen Bedeutung gebraucht, als späterhin unter der Herrschaft der Kaiser. Das „advocari" bestand nämlich bloß darin, daß sich ein Rechtsgelehrter persönlich für eine Meinung vor Gericht anführen ließ, und dieselbe durch seine Gegenwart unterstützte.

Hugo, R. R. G. S. 384. 9te Aufl.

Die Ausführung der Rechtsgründe in mündlicher Rede war das Geschäft eines Andern, nämlich des orator, oder patronus causae, welcher nicht gerade ein Rechtsgelehrter zu seyn brauchte. Die wissenschaftliche Ausbildung des Röm. Rechts in den ersten Jahrhunderten der Kaiserregierung machte es jedoch beinahe unmöglich, durch bloße Rednerkünste, ohne gründliche Rechtskenntniß einer Partei mit Erfolg vor Gericht zu dienen, weßhalb denn auch allmählich Beides von einem gerichtlichen Beistande gefordert wurde. Diese rechtsgelehrten Fürsprecher einer Partei vor Gericht sind es nun, welche wir im Justinianischen Coder unter dem Namen „advocati" finden.

Cod. lib. II. tit. 6—8.

Heffter, Syst. §. 170.

Keller, Röm. Civilproc. II. §. 55.

Sie sind wesentlich verschieden sowohl von den *Procuratoribus*, — indem sie nicht, wie diese, die Partei repräsentiren, folglich nicht anstatt ihres Clienten, sondern nur mit und neben demselben vor Gericht auftreten können; — als auch von bloßen Rathgebern, welche an der Verhandlung des Streites gar keinen Antheil nehmen.

Vgl. Fr. 1. §. 11. D. 50. 13.

Dieser Begriff des neueren Röm. Rechts ist nun derselbe, welchen auch wir noch mit dem Worte „Advocat" verbinden; nur daß das schriftliche Verfahren das Amt eines Fürsprechers meistentheils in das eines Schriftenverfassers verwandelt.

Erfordernisse zur Ausübung der Advocatie.

§. 95.

Anfänglich bildeten die gerichtlichen Fürsprecher keinen eigenen Stand bei den Römern, sondern Jedem, der sich die nöthigen Kenntnisse und Fähigkeiten zutraute, war es gestattet, für seine Mitbürger vor Gericht das Wort zu führen (pro alio postulare). — Ausgeschlossen waren nur

1) Frauenzimmer, — in Folge des ungebührlichen Betragens einer gewissen Carfania;

Fr. 1. §. 5. D. 3. 1.

Vgl. *Jenichen,* de C. Afrania in Leyser med. Supplem. Tom. XI. p. 14. sq.

2) Personen unter 17 Jahren, und

3) Taube;

Fr. 1. §. 3. D. 3. 1.

4) gänzlich Erblindete,

Fr. 1. §. 5. D. eod. und

5) infames, jedoch mit der Unterscheidung, daß nur gewisse besonders auffallende Arten der Ehrlosigkeit (Fr. 1. §. 6. D. 3. 1.) zu diesem Geschäfte gänzlich unfähig machten, während andere infames wenigstens zur postulatio für ihre nächsten Angehörigen zugelassen wurden.

Fr. 1. §. 8. u. 11. D. 3. 1.

Außerdem konnte die Advocatenpraxis Jemanden auch von der Obrigkeit zur Strafe entzogen werden.

Fr. 6. §. 1. Fr. 9. D. 3. 1.

Keller, Röm. Civilproc. II. S. 238.

In der späteren Kaiserzeit wurde jedoch bei jeder höheren Gerichtsstelle ein eigenes durch mancherlei Privilegien ausgezeichnetes Collegium (Barreau) von Advocaten (corpus togatorum) gebildet, dessen Mitglieder in eine besondere Matrikel eingetragen wurden. Die Aufnahme in diese Matrikel wurde jedenfalls durch die schon im prätorischen Edicte angeführten Ausschließungsgründe (Nr. 1—5 dieses §.) verhindert; sie war aber außerdem noch durch folgende Erfordernisse bedingt:

a) der Bewerber mußte sich über die Vollendung der vorgeschriebenen Rechtsstudien, sowie über eine mit Erfolg bestandene praktische Prüfung gehörig ausgewiesen haben;

c. 3. §. 4. C. 2. 8.

c. 11. §. 1. C. 2. 7.

b) er durfte nicht von zu niedriger Herkunft seyn;

c. 11. §. 1. C. cit.

c. 17. C. eod.

und mußte sich

c) zur katholischen Religion bekennen.

c. 8. C. 2. 6.

c. 15. C. 1. 4.

Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilproc. S. 200 flg.

Auch waren Geistliche von der Advocatur bei weltlichen Gerichten ausgeschlossen;

c. 17. pr. u. c. 41. C. 1. 3.

sowie Niemand gleichzeitig Richter und Fürsprecher seyn durfte.

c. 14. C. 1. 51.

Vgl. c. 9. C. 2. 7.

c. 6. pr. C. eod.

Fr. 17. D. 2. 1.

Diese Bestimmungen des Römischen Rechtes über die persönlichen Erforderniße zur Aufnahme in den Advocatenstand sind auch weder durch das canonische Recht, noch durch die deutschen Reichsgesetze im Wesentlichen abgeändert, vielmehr größtentheils ausdrücklich bestätigt worden.

Vergl. z. B. in Ansehung der Rechtskenntniße C. G. O. von 1555. Thl. I. Tit. 18. §. 1.; — in Ansehung der kirchlichen Rechtgläubigkeit c. 13. §. 5. X. 5. 7; — c. 16 und 18. X. 5. 6; — der Ausschließung der Geistlichen c. 1—3. X. 1. 37. — c. 2—4. X. 3. 50; — der Unvereinbarkeit des Richteramtes mit der Advocatur Vis. Absch. v. 1713. §. 45. — Auch hinsichtlich des Alters ist die Vorschrift des Römischen Rechts durch c. 5. in 6to 1. 19, welches nur von Procuratoren handelt, nicht abgeändert worden. Schmid, Handb. I. S. 220. not. 3.

Nur hat das canonische Recht auch die Excommunicirten den Unfähigen beigezählt;

c. 8. in 6to 5. 11.

den Geistlichen aber wenigstens gestattet, für ihre Kirche und für hülflose Personen vor Gericht das Wort zu führen.

c. 1. X. 1. 37.

Die Verschiedenheit der christlichen Religionsparteien hat durch die deutschen Reichsgesetze auch in diesem Gebiete ihren Einfluß verloren.

D. B. A. Art. 16.

Eine andere Frage aber ist, ob nicht die Vorschriften des Römischen Rechts durch die Veränderung der Verhältnisse, und durch einen dadurch veranlaßten allgemeinen Gerichtsgebrauch ihre Wirksamkeit verloren haben.

Diese Frage dürfte wohl nur insofern unbedingt zu bejahen seyn, als jetzt die niedrige Herkunft allein, — wenn nur Rechtschaffenheit, Talent und erprobte Kenntnisse nicht fehlen, — Niemand von der Aufnahme in den Advocatenstand ausschließt. — Daß aber ein sittlich guter Charakter und ein fleckenloser Wandel auch jetzt noch, und zwar vorzugsweise bei der Zulassung zur Advocatenpraxis berücksichtiget werden soll, könnte nur von Dem bezweifelt werden, der weder die Gebrechen dieser Praxis, noch den Sinn des deutschen Volkes kennt, — wie er sich in den alten Rechtsbüchern ausgesprochen hat,

Schwabenspiegel (Ausg. von Gengler, Erlangen 1851), Cap. LXXII. §. 1. verb. mit Cap. LXXI.

und wie er auch jetzt noch nicht erstorben ist.

Daß Taube und Blinde auch gegenwärtig noch für unfähig zu halten sind, das Fürsprecheramt auszuüben, kann gleichfalls mit Grund nicht bezweifelt werden.

Vergl. darüber: Schmid, Handb. I. S. 221. Nr. 3. und S. 222. Nr. 5.

Zur wirklichen Ausübung der Advocatur wird übrigens außer den bisher angeführten persönlichen Eigenschaften auch noch die förmliche Reception, und die vorgängige Ableistung des vorgeschriebenen Diensteides erfordert.

E. G. O. 1555. Thl. I. 64.

Vgl. Auth. „Hodie jurant." C. 3. 1.

Die geschehene Reception muß, wenn sie in einem einzelnen Falle von der Gegenseite bezweifelt werden sollte, von dem Advocaten nachgewiesen werden, und darin besteht die s. g. legitimatio ad praxin.

Auch förmlich recipirten Advocaten ist jedoch die Ausübung des Fürsprecheramtes unter gewissen singulären Voraussetzungen verboten, z. B. den Notaren in Streitsachen über Verhältnisse, bei welchen sie als Notare mitgewirkt hatten;

E. G. O. I. 39. §. 2.

den Fiscalen gegen den Fiscus.

c. 1 u. 2. C. 2. 9.

Vergl. Fr. 10. pr. Fr. 11. D. 3. 1.

Alle bisher angeführten Vorschriften sind übrigens, als gemeinrechtliche, nur insofern anwendbar, als nicht durch Landesgesetze etwas Anderes verordnet ist.

Vgl. über das Ganze: Schmid, Handb. I. §. 74.

Nothwendigkeit der Beiziehung eines Advocaten.

§. 96.

Eine gesetzliche Verpflichtung, sich vor Gericht der Beihülfe eines Advocaten zu bedienen, bestand nach Röm. Rechte nur bei Personen, welche das 17te Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hatten, und bei Tauben.

Fr. 1. §. 3. D. 3. 1.

Diesen wurde nöthigenfalls von Amtswegen ein Rechtsbeistand gegeben.

Fr. 1. §. 4. D. eod.

Was aber das Gesetz nicht forderte, das bewirkte sehr oft das Bedürfniß, indem nur Wenige die Geschicklichkeit besaßen, ihre Angelegenheit selbst vor Gericht zu vertheidigen.

Quintil Instit. or. 4. 1. 46.

Auch im älteren deutschen Rechte war es Regel, sich einen Fürsprecher zu erbitten.

v. Maurer, altgerm. Gerichtsverf. §. 96.

v. Feuerbach, über Oeffentl. und Mündl. I. S. 377.

In neueren Gesetzen ist es aber den streitenden Theilen, insbesondere im schriftlichen Processe, nicht selten zur Pflicht gemacht, ihre schriftlichen Vorträge durch einen recipirten Anwalt unterzeichnen zu lassen; — eine Vorschrift, welche zwar bei rechtsunkundigen Personen einen guten Grund hat; aber, auch auf Rechtsverständige ausgedehnt, vielfach zu satyrischem Tadel Anlaß gab.

Verbindlichkeiten des Advocaten.

§. 97.

Die Verbindlichkeiten des Advocaten sind keineswegs bloß, — ja nicht einmal vorzugsweise aus irgend einem privatrechtlichen Verhältnisse desselben zu seinem Clienten, sondern vielmehr aus dem öffentlichen Berufe seines Standes abzuleiten. Was dieser höheren Bestimmung widerspricht, kann der Client von ihm nicht fordern; und wenn der Advocat einer solchen Forderung nachgibt, so verletzt er seine Pflicht, anstatt sie zu erfüllen. Der öffentliche Beruf des Advocaten besteht aber darin, nur für Das, was er nach gewissenhafter Erforschung des bestehenden Rechtes für wahr und begründet hält, das Wort zu führen; dieser Ueberzeugung aber jede Rücksicht auf eigenen Vortheil, sowie auf die persönlichen Verhältnisse sowohl Dessen, der seinen Beistand sucht, als seines Gegners unterzuordnen.

Von diesem Gesichtspunkte geht sowohl das Röm. Recht, als auch die deutsche Reichsgesetzgebung aus, indem sie über die Pflichten des Advocaten Folgendes verordnen:

I. Kein Advocat soll die Vertheidigung einer ungerechten Sache übernehmen.

c. 14. §. 1. C. 3. 1.
J. R. A. §. 120. a. E.
Vergl. den Advocaten-Eid C. G. O. Thl. I. Tit. 64.

Das Urtheil über die Gerechtigkeit einer bestimmten einzelnen Sache hängt aber theils von der Interpretation der Gesetze und der übrigen Rechtsquellen ab, welche in dem gegebenen Falle zur Anwendung kommen könnten, theils von der Constatirung der Thatsachen, auf welche

der Client seinen Anspruch gründen will. — Um in der letzteren Beziehung sein Urtheil gehörig zu begründen, soll sich der Advocat, ehe er noch seinen Beistand zusagt, von dem Clienten die nöthigen Aufschlüsse — nicht bloß über den factischen Grund seines Begehrens, sondern auch über die Möglichkeit des hierüber zu führenden Beweises, sowie über die etwaigen Einreden seines Gegners zu verschaffen suchen, und die ihm deßhalb gemachten Mittheilungen, zu seiner künftigen Rechtfertigung, von dem Clienten durch Unterschrift eines darüber aufzunehmenden Informationsactes bestätigen lassen.

Die Beurtheilung der rein rechtlichen Seite des Falles ist aber der wissenschaftlichen Erwägung des Advocaten anheimgestellt. Hat er in dieser Beziehung eine festbegründete individuelle Ueberzeugung, so ist das Sicherste, dieser zu folgen, und hiernach den Beistand zu übernehmen, oder sofort abzulehnen. Hält er aber die Rechtsfrage wirklich für zweifelhaft, so verletzt er seine Pflicht keineswegs, wenn er sich zur Vertheidigung der seinem Clienten günstigen Ansicht bereit erklärt. Denn dazu, ein Recht geradezu aufzugeben, bloß weil es zweifelhaft ist, besteht nicht einmal eine Gewissenspflicht. — Nur ist es in einem solchen Falle rathsam, den Clienten sogleich Anfangs schon auf den zweifelhaften Erfolg aufmerksam zu machen.

II. Findet aber der Advocat die Sache gerecht, so soll er ohne hinreichenden Grund Niemanden seinen Beistand versagen,

c. 7. C. 2. 6.

auch dem Armen nicht, wenn die Reihe an ihn kommt, sich einer Partei im Armenrechte anzunehmen.

III. Auch eine gerechte Sache soll der Advocat nie mit unerlaubten Mitteln vertheidigen. Chicane, Proceß-

Verzögerung und absichtliches Läugnen von Behauptungen, deren Wahrheit man innerlich selbst anerkennt, sind auch im Dienste einer gerechten Sache strafbare Handlungen.

IV. Der Advocat ist verpflichtet, nicht nur dem Gerichte Achtung und Gehorsam zu erweisen, und sich in seinen Vorträgen aller beleidigenden Ausfälle und Anzüglichkeiten gegen die Mitglieder des Gerichtes zu enthalten, sondern auch gegen den Widersacher seines Clienten den gebührenden Anstand zu beobachten.

c. 6. §. 1 u. 4. C. 2. 6.

R. P. O. von 1577. Tit. 33.

Endlich ist

V. schon im Römischen Rechte verordnet, daß sich der Advocat regelmäßig an dem Orte des Gerichtes, bei welchem er recipirt ist, aufhalten, und sich ohne Vorwissen des Gerichtes nicht auf längere Zeit von diesem Orte entfernen soll.

c. 7. §. 2. c. 9. C. 2. 8.

Fortsetzung.

§. 98.

Um die besonderen Verbindlichkeiten des Advocaten in Beziehung auf seinen Clienten näher zu bestimmen, hat man sich bemüht, für das Verhältniß, in welchem sie zu einander stehen, einen civilrechtlichen Gesichtspunkt ausfindig zu machen; und dabei ist von Einigen (z. B. Struben, rechtl. Bedenk. I. 172) der Gesichtspunkt der Dienstmiethe; von Anderen (z. B. Gensler, Comm. I. S. 116) der Gesichtspunkt eines ungenannten Contractes (do ut facias, oder: facio ut des); noch von

Anderen endlich der Gesichtspunkt des Bevollmächtigungsvertrages gewählt worden. Vollkommen passend ist jedoch keiner dieser Gesichtspunkte. Denn die gewöhnliche Dienstmiethe begründet kein Verhältniß persönlicher Treue, wie dieses zwischen dem Advocaten und seinem Clienten stattfindet; und setzt wesentlich die vertragsmäßige Bedingung eines Lohnes (merces) voraus, welche bei dem Advocaten nicht nothwendig ist. — Gegen die Annahme eines Innominatcontractes spricht aber außer dem Grunde, daß auch durch diesen kein persönliches Treueverhältniß begründet wird, auch noch der Umstand, daß bei dem Advocaten weder eine Vorausbezahlung des Honorars, noch ein beliebiges Zurücktreten von der einmal übernommenen Patrocinanz stattfindet. — Am meisten hat noch der Gesichtspunkt des Mandatsvertrages für sich. Denn, um als Advocat für eine bestimmte Partei vor Gericht handeln zu können, muß man einen Auftrag hiezu erhalten haben; und der Mandatar ist seinem Mandanten ebenfalls zu persönlicher Treue verpflichtet.

Als ein **reines** privatrechtliches Mandatsverhältniß kann jedoch das Verhältniß des Advocaten zu seinem Clienten auch nicht betrachtet werden, theils weil der gewöhnliche Mandatar keinen **gesetzlichen** Anspruch auf ein Honorar hat, theils auch aus dem Grunde, weil die öffentliche Stellung und die Standespflichten des Advocaten verschiedene Modificationen und Beschränkungen seiner Thätigkeit zur Folge haben, welche dem reinen Mandatsverhältnisse fremd sind; z. B. daß er Niemanden seine Dienste versagen darf; daß er nicht bloß seinem Mandanten, sondern auch dem Gerichte verantwortlich ist u. dgl.

Vgl. **Jordan** im Arch. f. civ. Prax. XII. S. 199 flg. **Schmid**, Handb. I. S. 226.

Um übrigens die Pflichten des Advocaten gegen seinen Clienten näher zu bestimmen, braucht man keines der bekannten civilrechtlichen Obligationsverhältnisse zu Hülfe zu nehmen, weil dieselben auch in den Gesetzen ohne specielle Bezugnahme auf ein solches Verhältniß klar und vollständig genug vorgezeichnet sind. Den gesetzlichen Vorschriften gemäß ist nämlich

A. der Advocat seinem Clienten zu besonderer Treue verpflichtet, in Folge deren er jede Collusion mit der Gegenpartei zum Nachtheile seines Clienten vermeiden, die ihm von dem Letzteren anvertrauten Geheimnisse gewissenhaft bewahren, und den Clienten vor beendigter Sache nicht verlassen soll.

S. den Advocateneid, C. G. O. von 1555. Thl. I. Tit. 64.

c. 13. §. 9. und c. 14. §. 1. C. 3. 1.

Von der Erfüllung der zuletzt gedachten Verbindlichkeit wird er jedoch nicht nur durch den Eintritt äußerer Hindernisse, sowie durch die Aufkündigung seines Dienstes von Seite des Clienten selbst befreit, sondern, wenn er sich erst im Laufe des Verfahrens von der Ungerechtigkeit der übernommenen Sache überzeugen sollte, so ist es sogar seine Pflicht, forthin seinen Dienst zu verweigern.

c. 14. §. 1. C. 3. 1.

Besteht die Verletzung der Treue darin, daß der Advocat *wissentlich* und *absichtlich* etwas zum Nachtheile seines Clienten thut, oder unterläßt, so begeht er das Verbrechen der Prävarication, dessen Strafbarkeit weder durch die Motive, welche ihn zu dieser Handlungsweise bewogen haben, noch durch den Nichteintritt des beabsichtigten Erfolges aufgehoben wird.

S. darüber v. Feuerbach, Lehr. des peinl. Rechts (Ausg. v. Mittermaier) §. 425—428.

Die bestrittene Frage, ob eine Prävarication nicht auch schon vor der wirklichen Uebernahme der Patrocinanz begangen werden könne, wird richtiger dahin beantwortet, daß Dieses allerdings möglich ist; sowie auch nach der Auflösung des Beistandsverhältnisses der Uebergang zur Gegenpartei (s. g. patrocinium successivum) in der Regel als ein Bruch der schuldigen Treue zu betrachten ist.

Vergl. Schmid, Hdb. I. S. 228—230 und die dort Angeführten.

B. Bei der Besorgung der übertragenen Sache ist der Advocat zu dem höchsten Fleiße verpflichtet.

c. 14. §. 1. C. 3. 1.

(„Nil studii relicturum, quod sibi possibile est.“)

G. G. O. Thl. I. Tit. 64.

Er haftet daher seinem Clienten nicht bloß, — wie Gensler wegen der analogen Bestimmung Fr. 1. D. 11. 6. annimmt, — für dolus und lata culpa, sondern für jede Fahrlässigkeit, welche dem Clienten Schaden verursacht hat.

Vgl. Gensler, Comm. S. 114. Lit. E.

Dabei versteht sich jedoch von selbst, daß man eine — mit nicht offenbar unhaltbaren Gründen unterstützte Auffassung und Darstellung der Sache dem Advocaten deßhalb noch nicht zur Schuld anrechnen könne, weil sie vielleicht den Beifall des Gerichtes nicht erhalten hat; — ja nicht einmal dann, wenn diese Auffassung nach der strengsten wissenschaftlichen Censur wirklich unrichtig war, und hinterher vielleicht gezeigt werden könnte, daß die Sache des Clienten hätte gerettet werden können,

wenn der Advocat Geist und Erudition eines Cujacius in sich vereinigt hätte.

Ja selbst in solchen Fällen, in welchen dem Advocaten wirklich eine Schuld beizumessen ist, wird heutzutage dem Clienten, der durch die Nachlässigkeit seines Advocaten zu Schaden gekommen ist, nicht nur die Regreßklage gegen diesen, sondern, — mit Rücksicht auf das vortrefflich motivirte dubium camerale vom 19 Mai 1786,

Bergmann, C. J. S. 484.

auch die restitutio in integr. in der Hauptsache selbst gewährt.

(Eine genauere Erörterung dieses Satzes wird später bei der Lehre von den Procuratoren folgen, wo dieselbe Frage wieder vorkommt.)

Zuweilen kann übrigens das Versehen des Advocaten auch ohne Restitution verbessert und für die Partei unschädlich gemacht werden. Dieses ist namentlich dann der Fall, wenn der Advocat aus Irrthum etwas unrichtig vorgetragen hat. Betrifft nämlich der Irrthum nicht das Factum, sondern bloß die rechtliche Auffassung und Darstellung desselben, so ist es ohnehin Pflicht des Richters, den Fehler zu berichtigen.

c. un. C. 2. 11.

Hat aber der Advocat das Factum irrig vorgetragen, so ist es nach gemeinem Rechte dem Clienten erlaubt, den Irrthum binnen der nächsten drei Tage zu verbessern, vorausgesetzt, daß er bei dem irrigen Vortrage zugegen war.

c. 3. C. 2. 10.

Denn war er abwesend, so kann dieses triduum wohl erst von dem Zeitpunkte an gerechnet werden, wo er den Mißgriff seines Advocaten in Erfahrung brachte. —

Der persönlichen Anwesenheit des Clienten wird es übrigens und zwar mit Recht, gleichgeachtet, wenn er einen schriftlichen Vertrag seines Advocaten selbst unterzeichnet hat. In diesem letzten Falle fängt aber das triduum nicht schon sogleich nach geschehener Ueberreichung der Schrift bei Gericht zu laufen an, sondern erst nach geschehener Mittheilung an die Gegenpartei.

Sollte übrigens der Advocat aus Unkenntniß der Gesetze einen verkehrten processualischen Schritt gethan, oder etwas im Verfahren versäumt haben, so kann ein Versehen dieser Art durch eine bloße Protestation des Clienten auf keinen Fall wieder gut gemacht werden.

Vgl. über diesen sehr bestrittenen Gegenstand Linde, Abh. I. Bd. S. 152 flg.

Schmid, Hdb. I. S. 230—235 und die dort Angeführten.

C. Der Advocat ist verpflichtet, geordnete Manualacten zu führen, welche er dem Clienten nach der Auflösung des Beistandsverhältnisses und nach erfolgter Zahlung des Honorars abliefern muß. Der Grund dieser Vorschrift besteht nicht bloß darin, um im Falle eines zufälligen Unterganges der Gerichtsacten noch vor beendigtem Streite eine Actenredintegration möglich zu machen, sondern auch in der Rücksicht auf das Interesse, welches der Client an dem Besitze der Acten sowohl zum Behufe der Information eines neuen Anwaltes, wenn noch vor dem Schlusse des Verfahrens ein Wechsel eintreten sollte, als auch zur Nachweisung der Einrede der rechtskräftigen Entscheidung im Falle einer Erneuerung derselben Klage in der Folge haben könnte.

D. Insofern der Advocat, abgesehen von der gerichtlichen Fürsprache und seiner rein processualischen Thätigkeit, auch noch andere mit der Streitsache zusammenhängende Geschäfte für seinen Clienten zu besorgen hat,

z. B. Bestreitung gewisser Auslagen, Geldempfang und dgl., gelten für und gegen ihn die gewöhnlichen Grundsätze über den Mandatsvertrag.

Folgen einer Verletzung der bisher geführten Verbindlichkeiten.

§. 99.

Die Folgen einer Pflichtverletzung von Seite des Advocaten beschränken sich keineswegs immer darauf, daß der Client, welcher durch eine Verletzung dieser Art einen Schaden erlitten hat, eine privatrechtliche Klage auf Schadloshaltung gegen ihn erheben kann; sondern sie bestehen zuweilen auch in Disciplinarstrafen (Verweis, Suspension, Remotion u. dgl.). Selbst Criminalstrafen können in gewissen Fällen (insbesondere im Falle einer Prävarication) eintreten. P. G. O. Art. 115.

Von diesen letzteren ist jedoch im Criminalrechte zu handeln. — Von den verschiedenen Disciplinarstrafen gegen Advocaten, sowie von den Fällen, in welchen dieselben zur Anwendung kommen sollen, ist zwar in den gesetzlichen Quellen des gemeinen Rechtes öfter die Rede. Da jedoch diese gemeinrechtlichen Vorschriften heutzutage durch die Particulargesetze und Advocaten-Ordnungen der einzelnen deutschen Staaten vielfache Modificationen erfahren haben, so würde die Aufzählung und genauere Erörterung derselben jetzt wenig Interesse mehr haben.

Es bleibt also nur noch übrig, die Grundsätze zu entwickeln, welche hinsichtlich der Entschädigungsklage des Clienten gegen den Advocaten gelten. Von dieser Regreßklage wird aber, sowie von der damit zusammenhängenden restit. i. i. wegen Nachlässigkeit des Advocaten später in der Lehre von den Procuratoren die Rede seyn.

Rechte des Advocaten.

§. 100.

Abgesehen von der nur den förmlich recipirten Advocaten zustehenden allgemeinen Befugniß, anderen Personen gerichtlichen Rechtsbeistand zu leisten, — sowie von dem in dem Mandatsverhältnisse zu ihren Clienten begründeten privatrechtlichen Anspruche auf Vergütung der für die Letzteren bestrittenen nothwendigen Auslagen, haben die Advocaten auch noch das Recht, für ihre Bemühung von den Clienten eine angemessene Belohnung (Ehrensold, Honorar, Deservit) zu verlangen, und zwar schon kraft gesetzlicher Vorschrift, auch ohne vorgängige vertragsmäßige Zusicherung.

Fr. 1. §. 10. D. 50. 13.
c. 13. §. 9. C. 3. 1.
C. G. O. v. 1555. Th. I. Tit. 46. §. 1.

Dieser gesetzliche Anspruch auf ein Honorar ist jedoch bei den Römern erst in der Periode der Kaiserregierung entstanden. In der ältesten Zeit war die Vertheidigung Anderer vor Gericht eine durch das dazumal bestehende Clientelarverhältniß begründete Verpflichtung der Schutzherrn (patroni) gegen ihre Clienten, welche dagegen ihren patronis zur Treue und zum obsequium verbunden waren. Dieses uralte Verhältniß scheint überhaupt, den auch später noch beibehaltenen Ausdrücken „patronus“ und „cliens“ zufolge, die ursprüngliche Grundlage des Instituts der Advocatie gewesen zu seyn. — Auch in den Zeiten des Freistaats hat sich die Sitte, für Andere unentgeltlich vor Gericht das Wort zu führen, noch längere Zeit hindurch erhalten, weil diese öffentliche Ostentation einer uneigennützigen

Theilnahme an den Zuständen der geringeren Volksclassen für ehrgeizige Männer ein erfolgreiches Mittel war, um sich einen Anhang im Volke und Stimmen bei den Wahlen zu obrigkeitlichen Aemtern zu erwerben. Weil jedoch eine Verpflichtung zur unentgeltlichen Leistung dieses Beistandes nicht mehr existirte, so mag es schon bald vorgekommen seyn, daß Jemand keinen Sachwalter mehr fand, wenn er ihm für seine Bemühung nicht eine Gabe bot. — Dadurch war aber der Anlaß dazu gegeben, daß nun häufig auf das patrocinium, als einen Erwerbszweig, speculirt wurde. Durch die lex Cincia (a. 550) wurde zwar bestimmt „ne quis ob causam orandam pecuniam donumve acciperet"; allein den Klagen zufolge, welche wir auch noch bei späteren Schriftstellern über den Eigennutz der oratores und advocati antreffen, scheint dieses Gesetz ohne nachhaltige Wirkung geblieben zu seyn. — Unter Kaiser Claudius war es endlich dahin gekommen, daß man sich damit begnügte, wenigstens ein Maximum des Honorars festzusetzen, welches nicht überschritten werden sollte. — Nero's Versuch, die lex Cincia wieder herzustellen, hatte keinen bleibenden Erfolg mehr, so daß im neuen Röm. Rechte der Anspruch der Advocaten auf ein Honorar allgemein gesetzlich anerkannt war.

c. 3. C. 2. 6.

c. 9. C. 2. 7.

c. 13. §. 9. C. 3. 1.

Vergl. Gesterding, Nachforsch. Thl. 2. S. 288.

Jordan im Arch. für civ. Prax. XII. S. 196.

Bethmann-Hollweg, Hdb. I. S. 202.

Keller, Röm. Civilpr. II. S. 237.

Die näheren Bestimmungen über diesen Anspruch sind nach gemeinem Rechte folgende:

1) ist dieser Anspruch von dem Ausgange des Processes unabhängig, indem er auch gegen den unterliegenden Clienten geltend gemacht werden kann, wenn nur der ungünstige Erfolg nicht durch eigenes Verschulden des Advocaten herbeigeführt wurde.

2) Der Zeitpunkt der Zahlung ist in Ermanglung einer gesetzlichen Bestimmung dem Uebereinkommen der Betheiligten überlassen. Für die Besorgung geringfügiger Sachen, welche schnell erlediget werden können, erfolgt die Zahlung gewöhnlich erst nach geleistetem Beistande. In länger andauernden Processen pflegt man aber von Zeit zu Zeit nach vorgängiger Berechnung Theilzahlungen zu leisten, welche jedoch dem Rechte des Clienten im Falle einer richterlichen Moderation bei dem Schlusse des Verfahrens nicht präjudiciren. — Für die voraussichtlich zu bestreitenden baaren Auslagen an Gerichtstaxen, Stempelgebühren, Schreibgebühren u. dergl. kann der Advocat jedenfalls einen angemessenen Vorschuß verlangen.

3) Die Größe des Honorars hing schon nach Röm. Rechte in jedem einzelnen Falle von dem Ermessen der Obrigkeit ab. Nur war ein bestimmtes Maximum festgesetzt, welches nicht überschritten werden durfte, und welches im neuen Römischen Rechte in 100 aureis bestand.

Fr. 1. §. 10 u. 12. D. 50. 13.

Heutzutage kommt es darauf an, ob in einem Lande eine besondere Advocaten-Taxordnung besteht oder nicht. In dem ersten Falle muß diese Taxordnung zur Richtschnur genommen werden. In dem zweiten Falle entscheidet aber, wie nach Röm. Rechte, das billige Ermessen des Gerichtes. Die Röm. Vorschrift über ein Maximum wird aber jetzt nicht mehr beobachtet. Der Advocat kann daher seine einzelnen Dienste, mündlichen

und schriftlichen Vorträge zwar selbst tariren. Wenn aber das Gericht seine Ansätze übertrieben findet, so kann es dieselben moderiren.

C. G. O. Thl. I. Tit. 46. §. 1.

O. A. v. 1557. §. 50.

Bergmann, C. J. S. 164. not. 2.

Bei der Schätzung der Dienste des Advocaten hat sich übrigens das Gericht nicht durch die bloße Rücksicht auf die Bogenzahl der gelieferten Schriften leiten zu lassen, sondern durch die Erwägung des Zeitverlustes, welcher mit der Information in der Sache verbunden war; — der Schwierigkeiten, die bei der Bearbeitung derselben überwunden werden mußten, sowie endlich der Sorgfalt und der Geschicklichkeit, mit welcher der Advocat seinem Clienten diente.

Die besonders in der neuesten Zeit häufiger und ungestümer als je laut gewordenen Klagen in dieser Beziehung, welche, — weil sie von den Clienten nicht minder, als von den Advocaten geführt wurden, — unvermeidlich einander widersprechen mußten, können nur den Vollzug des gemeinrechtlichen Princips treffen. Das Princip selbst ist am Ende doch das einzige vernünftige und naturgemäße, welches sich in diesem Gebiete aufstellen läßt.

4) Läßt sich der Client hinsichtlich der Zahlung des Honorars säumig finden, so kann der Advocat nicht nur an den Manualacten das Retentionsrecht ausüben, sondern auch die gerichtliche Hülfe in Anspruch nehmen, welche ihm in Folge gesetzlicher Vorschrift auf raschem, executivem Wege geleistet werden soll.

Arg. Fr. 25 u. 26. D. 3. 3.

c. 13. §. 9. C. 3. 1.

Ein stillschweigendes Pfandrecht steht aber dem Advocaten bezüglich seiner Deservitenforderung nicht zu; ja nicht einmal ein privilegium exigendi.

Die Klage auf Zahlung der Deserviten geht übrigens immer gegen den Clienten, und der Advocat ist nicht schuldig, sich damit auf den Gegner verweisen zu lassen, selbst dann nicht, wenn dieser auch zur Erstattung aller Proceßkosten verurtheilt worden wäre. — Das für diese Klage zuständige Gericht ist aber zunächst das Gericht, bei welchem der Advocat seinem Clienten in der Hauptsache gedient hatte.

5) Die Streitfrage, ob ein Advocat, welcher in eigener Sache gearbeitet hatte, seinem unterliegenden und in die Proceßkosten verurtheilten Gegner Deserviten aufrechnen dürfe, wird richtiger bejahend beantwortet.

Gesterding, Nachforsch. II. S. 296 flg.

Fortsetzung.

§. 101.

Eine besondere Erörterung verdient noch die Frage, ob die richterliche Feststellung des dem Advocaten gebührenden Honorars nicht durch eine freiwillige Gabe des Clienten, oder durch eine vertragsmäßige Uebereinkunft beider Theile überflüssig gemacht werden könne?

Bezüglich dieser Frage ist auf jeden Fall soviel außer Zweifel, daß, wenn der Client dem Advocaten für den geleisteten, oder zu leistenden Beistand entweder etwas gegeben, oder vertragsmäßig zugesichert hat, aber weder das Gegebene zurückfordern, noch das Versprechen anfechten will, — es dabei sein Bewenden behält, wenn gleich die Gabe oder das Versprechen in keinem

Verhältnisse zu den geleisteten Diensten steht. Denn eine officielle Einschreitung gegen einen Anwalt, der eine übermäßige Belohnung angenommen hat, — auch ohne vorausgehende Beschwerde von Seite des Clienten, ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, und würde mit den allgemeinen Grundsätzen über die freie Befugniß zu remuneratorischen Schenkungen in Widerspruch stehen.

Vgl. c. 1. C. 12. 62.

Die Frage ist also eigentlich nur die, ob der Client nicht in gewissen Fällen das Gegebene zurückfordern, oder die Erfüllung seines Versprechens mit rechtlichem Erfolge verweigern könne?

Stellt man die Frage in diesem Sinne, und beantwortet man dieselbe zunächst nur nach Röm. Rechte, so kommt es vor Allem auf den Zeitpunkt an, in welchem das Geschenk oder die vertragsmäßige Zusicherung gemacht wurde. Ist dieses erst geschehen nach beendigter Streitverhandlung (post causam actam), so ist das Geschäft gültig; es kann also weder das Gegebene zurückgefordert, noch das geleistete Versprechen angefochten werden; selbst dann nicht, wenn dem Advocaten für den Fall des Sieges eine besondere Erkenntlichkeit außer dem ihm gebührenden Honorar (palmarium, praemium victoriae) versprochen wurde. Denn es ist nicht abzusehen, warum der Client ***post causam actam,*** also zu einer Zeit, da ihm der Advocat nicht mehr nützen oder schaden kann, eine Liberalität, welche er doch ungehindert gegen jeden Dritten ausüben könnte, nur gegen seinen gewesenen Rechtsbeistand nicht sollte ausüben dürfen. Nur durfte nach Röm. Rechte das Gegebene oder Versprochene das gesetzliche Maximum des überhaupt zulässigen Advocaten-Honorars von 100 aureis nicht übersteigen. Widrigenfalls konnte der Client auf obrigkeitlichen

Abstrich des Mehrbetrags dringen. Hatte er aber seinem Anwalte einen aparten Siegeslohn versprochen, so wurde der Betrag desselben mit dem obrigkeitlich zugebilligten Honorar zusammengerechnet, um zu bestimmen, ob das Maximum überschritten sey oder nicht.

Anders aber verhält sich die Sache in dem Falle, wenn dergleichen Geschenke oder Zusicherungen noch vor dem Schlusse der Streitverhandlung (suspensa lite) gemacht worden sind. In diesem Falle haben sie keine verbindende Kraft, und können dem künftigen obrigkeitlichen Ermessen über die Größe des dem Advocaten gebührenden Honorars zum Nachtheile des Clienten nicht vorgreifen. Denn die Geneigtheit leidenschaftlich aufgeregter Clienten, dem Manne ihres Vertrauens viel zu versprechen, so lange er den Beistand noch nicht zugesichert hat, oder so lange das Schicksal des Processes noch in seinen Händen liegt, ist der Erfahrung zufolge so groß, daß es in vielen Fällen dem Advocaten nicht schwer fallen würde, den bei ihm Hülfe Suchenden zu den großmüthigsten Verheißungen zu bewegen. Die Anerkennung solcher — suspensa lite eingegangenen Verträge würde daher immer mit einem Verdachte zu kämpfen haben, welchen ehrenhafte Advocaten stets von sich fern zu halten gesucht haben; und diese Gesinnung bildet das Motiv, durch welches das Röm. Recht die Unwirksamkeit solcher Verträge rechtfertiget, indem es bemerkt, daß sie „malo more“ geschlossen würden.

Vgl. über das Bisherige Fr. 1. §. 12. D. 50. 13.

Aus dem Gesagten ergeben sich folgende Resultate:

1) Wenn der Client seinem Advocaten noch vor dem Schlusse der Verhandlungen freiwillig etwas gibt, so darf er es zwar annehmen;

Arg. Fr. 38. §. 1. D. 19. 2.
Fr. 1. §. 10 u. 13. D. 50. 13.
c. 11. C. 4. 6.

aber nur als vorläufige Abschlagszahlung auf das ihm zuletzt von dem Richter zuerkannte Gesammthonorar.

2) Hat aber der Client suspensa lite nur vertragsmäßig etwas versprochen, so kann der Advocat aus einem solchen Vertrage nicht klagen, sondern muß sich mit dem begnügen, was ihm am Ende von dem Gerichte zuerkannt wird. Dabei ist es auch vollkommen gleichgültig, ob der Vertrag auf eine bestimmte Geldsumme, oder auf einen Bruchtheil des künftigen Gewinnes (pactum de quota litis) gestellt ist.

Fr. 1. §. 12. D. 50. 13.
c. 5. C. 2. 6.

Auch ein vor dem Schlusse der Verhandlung geschlossener Vertrag über ein palmarium ist wirkungslos. Selbst solche Verträge zwischen dem Advocaten und seinem Clienten, welche sich zunächst gar nicht auf das Honorar, oder auf das streitige Verhältniß, sondern auf Gegenstände anderer Art beziehen, sind nach Römischem Rechte, — so lange das Beistandschaftsverhältniß dauert, untersagt.

c. 6. §. 2. C. 2. 6.

Diese Vorschrift wird jedoch, weil die Verletzung derselben nicht ausdrücklich mit der Folge der Nichtigkeit bedroht ist, — ungeachtet der guten Gründe, welche dafür sprechen, nur als ein guter Rath angesehen.

Ob nun die bisher entwickelten Grundsätze des Römischen Rechts durch die Vorschriften der deutschen Reichsgesetze abgeändert worden sind oder nicht, ist zwar bestritten.

v. Linde, Lehrb. 7te Aufl. §. 127. not. 13.

Wenn man jedoch die betreffenden Stellen der deutschen Reichsgesetze, nämlich

C. G. O. Thl. I. Tit. 46. §. 1. und

D. A. von 1557. §. 50.

unbefangen prüft, so gelangt man zu der Ueberzeugung, daß die Reichsgesetze entweder das Römische Recht in einem strengeren Sinne auffaßten, als es von mancher Seite geschah, oder geschehen konnte; oder daß sie absichtlich strengere Normen festsetzen wollten. Denn die C. G. O. untersagt überhaupt alle besonderen Honorarverträge, indem sie verordnet, „daß hinfüro die Advocaten in allen und jeden Sachen, was ihnen durch Kammerrichter und Beisitzer taxirt wird, zur Belohnung sich begnügen lassen, und die Parteien nicht weiter darüber beschweren, noch einige sondere Geding mit ihnen deßhalb machen sollen, **in keine Weis.**" Der D. A. von 1557 aber gestattet zwar, daß sich die Advocaten der Billigkeit nach mit der Parteien gutem Willen vergleichen können; nimmt aber hievon die pacta de quota litis, remuneratoria oder sonst unziemliche, ungebührliche und beschwerliche conventiones von dieser Erlaubniß ausdrücklich aus („doch außerhalb der obbemeldeten verbotenen Pacten"), welche daher für absolut unzulässig erklärt sind. Dabei macht das Gesetz auch keinen Unterschied in Ansehung des Zeitpunktes, in welchem dergleichen Verträge eingegangen wurden, und fügt selbst bezüglich der erlaubten Verträge noch bei, daß sie, im Falle der Ueberschreitung der richterlichen Taxe, die Parteien nicht binden sollen. — Diesen Bestimmungen zufolge kann also der Client jedenfalls, wenn er seinem Advocaten zu viel versprochen zu haben glaubt, auf richterliche Revision und Moderation der versprochenen Summe antragen. — Die Verletzung

dieser Vorschriften ist endlich mit arbiträrer Strafe, nach Umständen sogar mit Entsetzung bedroht.

Vergl. über das Ganze: Jordan im Archiv für civ. Praxis, Bd. XII. S. 191 flg., welcher jedoch (S. 216 flg) eine Abänderung des Röm. Rechts durch die deutschen Reichsgesetze nicht anerkennt. Dagegen aber Linde, Lehrb. a. a. O. §. 127. not. 13.

Stirbt übrigens der Advocat noch vor der Beendigung des Processes, und hat derselbe bei Lebzeiten noch eine Belohnung von seinem Clienten erhalten, so sind die Erben nicht schuldig, das Empfangene zu restituiren, wenn auch der Betrag die regelmäßigen Gebühren für die noch vor dem Tode wirklich geleisteten Dienste übersteigen sollte.

Fr. 1. §. 13. D. 50. 13.
Vgl. Fr. 38. §. 1. D. 19. 2. und
c. 15. §. 1. C. 2 9.

Die neuere Litteratur über das Advocatenwesen, welche sich jedoch mehr mit Klagen über das Bestehende, und mit Verbesserungsvorschlägen, als mit den Vorschriften des gemeinen Rechts beschäftiget, ist ziemlich vollständig angegeben in Jul. Herrm. Beschorners Reform des Advocatenstandes, Dresden und Leipzig 1840, S. 50 flg.; und in den Beiträgen und Bemerkungen zu einer Advocaten-Taxordnung, München 1846 (von Franz v. Seybold), S. 36 flg. — Außer den daselbst angeführten Schriften und Abhandlungen sind noch zu bemerken: Mittermaier im Arch. für civ. Prax. XX. S. 139, und XXI. S. 101. — Spangenberg ebend. S. 222. flg. — K. Steinacker, die Aufgabe des Advocatenstandes

in constitut. Staaten, Braunschweig 1841. — Franz v. Seybold, Magistratur und Advocatur, München 1847, und desselben vollständige Darstellung sämmtl. Verhältn. des anwaltschaftlichen Amtes, München 1847. — Ueber die ältere Litteratur s. Rudorffs Grundr. §. 44 und 45.

Von den Procuratoren und anderen Stellvertretern der Parteien.

§. 102.

Begriff.

Der Advocat ist der bisherigen Darstellung zufolge nur Beistand und Gehülfe seines Clienten bei solchen Proceßhandlungen, welche juristische Kenntnisse und Intelligenz voraussetzen. Insbesondere besteht seine Aufgabe darin, das Recht seines Clienten mit Benützung gesetzlicher Vorschriften und wissenschaftlicher Gründe, welche zur Unterstützung und Geltendmachung desselben dienen können, in mündlichen oder schriftlichen Vorträgen zu entwickeln und zu vertheidigen. Außer diesen juristischen Vorträgen kommen jedoch im Rechtsstreite noch manche andere Handlungen vor, welche bloß von dem freien Willen der Partei und ihrem persönlichen Entschlusse abhängen, welche nicht durch eine rechtswissenschaftliche Bildung bedingt sind, — zu deren Vornahme sie also auch keines gelehrten Beistandes bedarf. Handlungen dieser Art gehören nicht in die Geschäftssphäre des Advocaten, als solchen, sondern sollen von der Partei selbst vorgenommen werden. Indessen ist es ihr nach

gemeinem Rechte gestattet, diese Handlungen auch durch andere Personen vornehmen zu lassen, und zwar nicht bloß dann, wenn sie an der Selbstvornahme derselben verhindert ist, sondern in der Regel auch außerdem, nach freiem Belieben. Ja in gewissen Verhinderungsfällen ist die Stellvertretung einer Partei sogar gesetzlich vorgeschrieben, oder sie kann durch das Gericht angeordnet werden.

Dergleichen Stellvertreter eines streitenden Theiles, welche übrigens nach Verschiedenheit der Fälle auch unter verschiedenen Benennungen vorkommen (procuratores, defensores, actores, syndici), unterscheiden sich daher wesentlich von Advocaten. Sie haben gemeinrechtlich (denn die Einrichtungen der ehemaligen höchsten Reichsgerichte in dieser Beziehung waren nur etwas Singuläres) keine öffentliche Stellung, wie die Advocaten; bilden keine eigene Standesclasse, wie diese; und bedürfen keiner rechtswissenschaftlichen Bildung. Ihre Aufgabe besteht nur darin, die Partei vor Gericht zu repräsentiren, und Dasjenige im Rechtsstreite zu thun, was auch die Partei, ohne juristische Kenntnisse zu besitzen, thun könnte. Ihr Verhältniß zur vertretenen Partei ist (von gesetzlichen Stellvertretern abgesehen) das Verhältniß eines Mandats oder einer negotiorum gestio, und nach dem Inhalte und Umfange der ihnen ertheilten Vollmacht richten sich auch in jedem einzelnen Falle ihre Befugnisse und Verbindlichkeiten.

Ungeachtet der Verschiedenheit der Functionen ist es jedoch allerdings gestattet, Stellvertretung und Fürsprache in einer Person zu vereinigen. Ja diese Vereinigung bildet heutzutage sogar die Regel, indem, — wenn nicht besondere Umstände etwas Anderes erheischen, gewöhnlich dem Advocaten, welchen sich eine Partei für einen

Rechtsstreit gewählt hat, auch die Vollmacht zur Stellvertretung übertragen wird. Diese Gewohnheit hat wohl auch dazu Veranlassung gegeben, daß in der Sprache des gemeinen Lebens die Ausdrücke „Advocat" und „Procurator" häufig mit einander verwechselt werden. Das Wort „Anwalt" bezeichnete ursprünglich im Gegensatze zu dem „Vor- oder Fürsprecher" nur den bevollmächtigten Stellvertreter einer Partei;

Maurer, Gesch. des altgerm. Gerichtsverf. §. 94 flg. und §. 100.

Grimm, deutsches Wörterbuch, bei dem Worte „Anwalt"

wird aber gegenwärtig nicht selten auch für den Advocaten gebraucht.

Zulässigkeit der Stellvertretung vor Gericht.

§. 103.

Wir sind so sehr daran gewöhnt, die streitenden Theile durch andere Personen vor Gericht vertreten zu sehen, daß über die Zweckmäßigkeit dieser Einrichtung gewiß selten ein Bedenken geäußert wird. Gleichwohl war diese Einrichtung sowohl dem ältesten römischen, als dem germanischen Rechte fremd, welchen zufolge in der Regel jede Partei in eigner Person vor der Obrigkeit erscheinen mußte,

Gaj. IV. §. 82.

pr. J. 4. 10.

Maurer, altgerm. Gerichtsverf. §. 21.

Heffter, Syst. §. 173.

und eine unbefangene Beurtheilung der hiebei in Betracht kommenden Verhältnisse führt sogar zu der Ueberzeugung, daß das älteste Recht in dieser Hinsicht nicht nur dem natürlichen Interesse beider Parteien mehr entspricht, als die neuere Einrichtung, sondern daß auch dem Richter die Lösung seiner Aufgabe wesentlich dadurch erleichtert wird, daß die streitenden Theile persönlich vor ihm erscheinen müssen.

Ohne durch das praktische Bedürfniß dazu genöthiget worden zu seyn, würde man auch sicher den alten Grundsatz der Unstatthaftigkeit der Stellvertretung vor Gericht nicht verlassen haben. Dieses Bedürfniß, welches sich anfänglich nur in einzelnen, seltener vorkommenden Verhinderungsfällen fühlbar gemacht hatte, trat jedoch späterhin in Folge der Vergrößerung des Gebietes und der Ausbreitung des Verkehrs, — wie bei allen Völkern, so auch bei den Römern in einem Umfange hervor, welcher unvermeidlich dahin führen mußte, daß man den alten Grundsatz aufgab, und Das zur Regel erhob, was ehedem nur zuweilen als Ausnahme vorgekommen war.

Als die ersten Ausnahmen von dem alten Grundsatze werden nämlich nur erwähnt die Klagen pro populo, pro libertate, pro tutela und die actio furti in Gemäßheit einer sonst unbekannten lex Hostilia.

Gaj. IV. §. 82.
pr. J. 4. 10.
Hugo, R. R. G. (11te Aufl.) S. 233. Z. 25. — S. 322. Z. 11. — S. 403 u. 658.
Keller, Röm. Civilproc. II. S. 232, wo in den Noten 640 und 641 die angeführten Fälle näher erläutert werden.

Nach dem Untergange der legis actiones, und seit der Einführung des Formularprocesses finden wir aber die Stellvertretung vor Gericht schon allgemein gestattet. Nur war die Form, in welcher sie bewerkstelliget wurde, anfänglich noch strenger und feierlicher, als in der späteren Zeit. Für die Stellvertreter nach der älteren, strengeren Form kommt in den Quellen der Ausdruck *„cognitores"* vor; für die Stellvertreter nach dem späteren, freieren Systeme, welche zu Justinians Zeit allein noch erwähnt werden, der Ausdruck *„procuratores"*.

Fortsetzung.

Cognitores.

§. 104.

Die erste und wichtigste Bedingung einer vollkommenen Stellvertretung besteht darin, daß sowohl der Gegner, als das Gericht schon von Anfang die volle Gewißheit erhalten, daß Derjenige, welcher sich vertreten lassen will, die Handlungen seines Repräsentanten ohne Rückhalt eben so anerkennen, und gelten lassen wolle, als wenn sie seine eigenen wären. Um nun dem Gegner und der Obrigkeit diese Gewißheit zu verschaffen, mußte in der früheren Zeit die Partei in persönlicher Gegenwart ihres Gegners mündlich und zwar mit feierlichen Worten erklären, daß sie einen Anderen, welchen sie zugleich namhaft zu machen hatte, in der vorliegenden Streitsache als ihren Repräsentanten bestelle.

Gaj. IV. §. 83.
Vat. fragm. §. 317 seq.
Paul R. S. I. 2. 3.

Sowohl innere Gründe der Wahrscheinlichkeit, als äußere Zeugnisse sprechen dafür, daß diese Erklärung ursprünglich vor der Obrigkeit und im Beiseyn des gewählten Stellvertreters geschehen mußte, obgleich zur Zeit des Juristen Gajus darauf kein entscheidendes Gewicht mehr gelegt wurde.

Isidor Differ. c. 123.

Interpret. ad l. 7. C. Th. 2. 12.

Zimmern, R. R. G. §. 157. Nr. 9. 14.

Keller, Röm. Civilpr. II. S. 227. not. 627.

Ein in dieser Form bestellter Repräsentant heißt nun in den Quellen *„cognitor“*. Der cognitor war übrigens Stellvertreter im eigentlichsten Sinne des Wortes (domini loco), so daß seine Proceßführung für und gegen den Constituenten alle die Wirkungen hatte, wie wenn dieser selbst gehandelt hätte.

Gaj. IV. §. 97.

Puchta, Instit. II. S. 51.

Auch war er nicht verpflichtet, dem Gegner eine Caution zu leisten. Nur der Constituent selbst mußte, wenn er als beklagter Theil einen Cognitor bestellte, der Gegenpartei die cautio judicatum solvi leisten.

Vat. fragm. §. 317.

Gaj. IV. §. 101.

Keller a. a. O. S. 244 flg.

Procuratores.

§. 105.

Der Bestellung eines „cognitor“ lag immer auch ein Mandat zu Grunde, weil derselbe ein fremdes Geschäft besorgen sollte, zu dessen Uebernahme er seine Einwilligung geben mußte. Nur reichte der Mandat-

Contract allein nicht hin, sondern es mußten auch noch die im vorigen Paragraph angegebenen Formen hinzukommen. Die Beobachtung dieser Formen, welche jedenfalls, auch in späterer Zeit noch wenigstens die persönliche Zusammenkunft der beiden streitenden Theile nothwendig machten, war aber, insbesondere bei weiterer Entfernung der Wohnorte der Betheiligten, lästig und kostspielig, und dieser Umstand hat wohl vorzugsweise dazu Veranlassung gegeben, daß man allmählich jene Formen umging, und die Stellvertretung nur durch ein gewöhnliches Mandat zu begründen, die dem Gegner zu gewährende Sicherheit aber durch ein anderes Mittel, nämlich durch Cautionen zu bewirken suchte, welche der Mandatar zu leisten hatte. — Solche Stellvertreter nun, welche durch ein einfaches Mandat bestellt wurden, kommen in den älteren Quellen unter dem Ausdrucke *„procuratores"* vor. — Der Unterschied dieser Stellvertreter von den Cognitoren ergibt sich hieraus von selbst. — Ein procurator konnte nämlich auch absente et ignorante adversario, mit beliebigen Worten, mündlich oder schriftlich bestellt werden;

Gaj. IV. §. 84.

er war aber nicht Stellvertreter im eigentlichen Sinne, wie der Cognitor, und mußte daher auch dem Gegner gewisse Cautionen leisten, von welchen der cognitor frei war.

Gaj. IV. §. 97. 100.
Puchta a. a. O. S. 52 flg.
Keller a. a. O. S. 228 flg.

Fortsetzung.

§. 106.

Cognitores und procuratores bestanden, wie die vorhandenen geschichtlichen Quellen beweisen (Cod. Theod. De cognitor. et procurat.), lange Zeit neben einander fort, so, daß die Partei die Wahl hatte, sich entweder der strengeren, oder der freieren Form zu bedienen, wenn sie ihren Rechtsstreit durch einen Anderen führen lassen wollte. Diese Wahl hing aber ohne Zweifel von den Umständen ab. Wer seinen Gegner in der Nähe hatte, und daher ohne Unbequemlichkeit einen Cognitor bestellen konnte, wählte diese Form; während der von seinem Proceßgegner entfernt Wohnende zur Form der Procuratur seine Zuflucht nahm. Da sich jedoch zur Uebernahme der Procuratie nicht leicht Jemand herbeiließ, der den Principal nicht genauer kannte, weil der Procurator in Folge der von ihm zu leistenden Cautionen die Sache auf eigene Verantwortung übernehmen mußte, so suchte man die abschreckende Cautionslast der Procuratoren zu beseitigen. Diese Absicht glaubte man aber am sichersten dadurch erreichen zu können, daß man dem Gegner die Gewißheit, welche er bei dem Cognitor auf formellem Wege erhielt, wenigstens auf materiellem Wege zu verschaffen suchte. Zu diesem Zwecke erschien nämlich entweder a) der dominus persönlich vor dem verhandelnden Gerichte, und erklärte einen Andern als seinen Bevollmächtigten (procurator praesentis); (in welchem Falle aber freilich nur die bei der Bestellung eines cognitor nothwendige Ernennungsformel erspart wurde); oder b) er ließ seinem gewählten Stellvertreter vor einer anderen Behörde eine schriftliche Vollmacht ausfertigen,

welche sodann der letztere bei dem verhandelnden Gerichte producirte (procurator apud acta factus);

Bethmann-Hollweg, Versuche. S. 197 und S. 200.

Puchta, Instit. S. 56.

Vat. Fragm. ed. *Buchholtz*, §. 317 in not. ad v. „remitti solet.“

Vgl. Vat. Fragm. §. 317, 331 und 333.

oder c) er schrieb an seinen Proceßgegner einen Brief, in welchem er ihm den gewählten Procurator mit der Versicherung anzeigte, daß er die Handlungen desselben genehmigen werde.

Fr. 65. D. 3. 3.

Wenn auf solche Art der Gegner die Gewißheit von dem wirklichen Bestande der Vollmacht erhalten hatte, so wurde der Procurator wie ein cognitor behandelt, und brauchte daher auch die ihm sonst obliegenden Cautionen nicht zu leisten.

c. 1. C. 2. 13.

c. un. C. 2. 57.

Vat. Fragm. l. c.

Puchta a. a. O.

Keller a. a. O. S. 229.

s. noch Fr. 21. D. 46. 8.

Seitdem nun aber die Partei den Zweck der Stellvertretung auch ohne die Förmlichkeit des alten Civilrechts (bei der Bestellung eines Cognitor) erreichen konnte, wurden begreiflich diese Förmlichkeiten immer seltner beobachtet, bis endlich das alte Institut der Cognitur von dem später entstandenen der Procuratur gänzlich verdrängt wurde. In Justinians Compilation wird auch nur noch das letztere allein erwähnt.

Vergl. §. 3—5. J. 4. 11.

Abgesehen von der gesetzlich angeordneten Vertretung durch tutores und curatores, sowie von der Vertretung ohne Mandat von Seite der Partei (wovon später besonders die Rede seyn wird) geschah daher die Stellvertretung vor Gericht nach dem neuesten Röm. Rechte durch procuratores, und dabei ist es im Wesentlichen auch bis jetzt geblieben.

Die belehrendste Abhandlung über die allmähliche Entwicklung der Repräsentation vor Gericht ist die von Bethmann-Hollweg in dessen Versuchen S. 138—249.

Unstatthaftigkeit der Stellvertretung.

§. 107.

Obgleich es in der Regel Jedermann frei steht, sich in Civilstreitigkeiten durch einen Andern vertreten zu lassen,

c. 26. C. 2. 13.

so gibt es doch einige Fälle, in welchen die Partei zum persönlichen Handeln entweder gesetzlich schon verpflichtet ist, oder durch das Gericht dazu angehalten werden kann. Kraft gesetzlicher Vorschrift konnte nach Röm. Rechte eine popularis actio, — schon ihrem Begriffe zufolge, nicht alieno nomine angestellt werden;

Fr. 5. D. 47. 23.

und eben so wenig wurde, — die Fälle besonderer Verhinderung ausgenommen, — bei der Anstellung des Interdicts, wodurch ein Vater seine Kinder zurückforderte, ein Procurator zugelassen.

Fr. 40. pr. D. 3. 3.

Außerdem enthält schon das Röm. Recht die in der Natur der Sache vollkommen begründete Vorschrift, daß ein der Partei obliegender gerichtlicher Eid nicht durch einen Stellvertreter geleistet werden dürfe;

c. 12. §. 4. C. 4. 1.

es wäre denn, daß der Gegner selbst seine Einwilligung dazu gäbe.

Fr. 9. §. 6. Fr. 42. §. 2. D. 12. 2.

Auch kann der Gefährde-Eid wenigstens durch einen speciell dazu bevollmächtigten Procurator geleistet werden.

c. 3. in 6to 2. 4.

c. 6. X. 2. 7.

c. 2. in 6to 2. 10.

Vgl. jedoch c. 1. in 6to 2. 1.

Die Bestimmung des älteren Röm. Rechtes, gemäß welcher Ehrlose (infames) keinen Procurator bestellen durften,

Vat. Fragm. §. 320. 323.

Paul. R. S. I. 2. §. 1. und die interpret. zu dieser Stelle

hat schon Justinian beseitiget.

§. ult. J. 4. 13.

Dem Richter ist aber überhaupt die Befugniß eingeräumt, wenn er es in einem einzelnen Falle nothwendig finden sollte, die streitenden Theile zum persönlichen Erscheinen aufzufordern.

c. 1. in 6to 2. 1.

Vgl. Glück, Commt. V. S. 269 flg.

Abgesehen von diesen Ausnahmsfällen ist es übrigens nach gemeinem Rechte auch erlaubt, für dieselbe Streitsache mehrere Stellvertreter zu ernennen. — Geschieht Dieses in der Art, daß ein Procurator dem andern

substituirt wird, so hat der Instituirte den Vorzug, und erst im Verhinderungsfalle desselben tritt der substituirte ein.

J. R. A. §. 100.

Ist keine Substitution angeordnet, aber ein Procurator früher, der andere später ernannt worden, so ist die frühere Ernennung als durch die spätere aufgehoben zu betrachten.

Fr. 31. §. 2. D. 3. 3.

c. 14. X. 1. 28.

Sollten aber gleichzeitig mehrere Anwälte ohne Substitution bestellt worden seyn, so kommt es darauf an, ob die Bestellung in solidum (sammt oder sonders) geschehen war, oder ohne diese Clausel. In dem ersten Falle gilt nach Röm. Rechte die Regel: „melior est conditio occupantis“,

Fr. 32. D. 3. 3.

d. h. — auch nach der Erklärung des canonischen Rechtes: jener Stellvertreter, welcher in der betreffenden Streitsache litem contestirt hat, schließt die übrigen aus.

c. 6. in 6to 1. 19.

In dem zweiten Falle aber müssen alle gemeinschaftlich handeln.

c. 6. in 6to cit.

Vgl. jedoch Fr. 24. §. 1. D. 26. 7.

Nothwendigkeit der Stellvertretung.

§. 108.

In der Regel ist zwar Niemand verpflichtet, sich vor Gericht vertreten zu lassen;

c. 2. X. 1. 38.

jedoch ist von dieser Regel eine Ausnahme zu machen.

1) bei moralischen Personen, Corporationen, Gemeinden u. dgl.;

Fr. 1. §. 1. D. 3. 4.

2) nach dem heutigen Rechte gewissermaßen auch bei Solchen, welche Altershalber, oder aus einem anderen Grunde unter Vormundschaft oder Curatel stehen;

3) dem Gerichtsgebrauche zufolge, welcher zwar — in dieser Ausdehnung nicht das Röm. Recht, wohl aber entscheidende Gründe der Zweckmäßigkeit für sich hat, bei mehreren Streitgenossen;

Fr. 5. §. 7. D. 46. 7.

Fr. 48. D. 10. 2.

Vgl. Fr. 31. §. 1. D. 3. 3.

C. G. O. von 1555. I. 19. §. 1.

S. oben S. 128. lit. a.

Schmid, Handb. I. S. 247. Nr. 3.

endlich

4) bei solchen Personen, welche außerhalb des Gerichtsbezirks wohnen, wenigstens zur Empfangnahme gerichtlicher Ausfertigungen.

Vgl. c. 6. C. 8. 4.

Hingegen die im Röm. Rechte vorkommende Ausnahme hinsichtlich der illustres

c. 25. C. 2. 13.

Nov. 71. c. 1.

ist heutzutage nicht mehr anwendbar.

Fähigkeit zur Uebernahme einer Procuratie.

§. 109.

Die Ausübung der Procuratie allein, — ohne Verbindung mit der Function des Advocaten — ist nach gemeinem Rechte weder durch eine öffentliche Autorisation, noch durch den Besitz besonderer Kenntnisse bedingt. Nur folgenden Personen ist die Stellvertretung Anderer vor Gericht untersagt:

1) aus Rücksicht auf den Dienst, — schon nach Röm. Rechte den Soldaten; und zwar, mit Ausnahme eines Rechtsstreites pro libertate,

Fr. 3. §. 1. D. 40. 12.

nicht einmal für die nächsten Angehörigen.

§. ult. J. 4. 13.

Fr. 54. pr. D. 3. 3.

c. 5. C. 4. 6.

Nur „in causa communi sui numeri" wurden auch milites als Stellvertreter zugelassen,

Fr. 8. §. 2. D. 3. 3.

und auf Veteranen wurde das Verbot überhaupt nicht ausgedehnt.

Fr. 8. §. 2. D. cit.

Auch stand ihnen dieses Verbot nicht im Wege, wenn sie als procuratores in rem suam handelten.

c. 7. u. 9. C. 2. 13.

2) Personen weiblichen Geschlechts;

§. ult. J. 4. 13.

Fr. 54. pr. D. 3. 3.

Fr. 2. D. 50. 17.

c. 18. C. 2. 13.

ausgenommen für parentes, jedoch nur causa cognita,

wenn diese selbst verhindert waren, und sich sonst Niemand ihrer annahm,

Fr. 41. D. 3. 3.

sowie in causa liberali überhaupt für die nächsten Angehörigen.

Fr. 3. §. 2. D. 40. 12.

Die Procuratie „in rem suam" war auch den Personen weiblichen Geschlechts gestattet.

c. 4. C. 2. 13.

3) Wer einer Criminaluntersuchung unterliegt, kann, so lange er nicht für unschuldig erklärt ist, Niemanden vor Gericht vertreten.

c. 6. C. 2. 13.

Infames wurden nur insoweit zugelassen, als sie auch „pro aliis postulare" durften,

Paul. R. S. I. 2. §. 1.

ausgenommen „pro libertate."

Vat. Fragm. §. 324.

Justinian hat zwar die exceptio infamiae, weil er ohnehin einen frequenten Gebrauch derselben nicht wahrgenommen hatte, außer Kraft gesetzt;

§. ult. J. 4. 13.

allein im canonischen Rechte wird die infamia ausdrücklich wieder als Ausschließungsgrund genannt.

c. 1 et 2. C. 3. qu. 7.

4) Ebenso verordnet das canonische Recht, daß Niemand vor vollendetem 25sten Jahre als gerichtlicher Procurator zugelassen werden soll,

c. 5. §. 1. in 6to 1. 19.

obgleich nach Röm. Rechte schon das vollendete 17te Jahr genügte.

Arg. §. 5. J. 1. 6.

5) Geistlichen ist nach Röm. wie nach canon. Rechte untersagt, die Stellvertretung für weltliche Personen zu übernehmen.

Nov. 123. c. 6.

c. 2 u. 4. X. 3. 50.

6) Die Vorschrift des Röm. Rechts über die Unstatthaftigkeit einer Stellvertretung durch „potentiores“

c. 1 u. 2. C. 2. 14.

wird jetzt nicht mehr beachtet.

Heffter, Syst. S. 213. not. 73.

Gegen seinen Willen ist übrigens Niemand schuldig, einem Andern als Procurator zu dienen.

Fr. 8. §. 1. D. 3. 3.

c. 17. C. 2. 13.

Von der Form der Ernennung eines Stellvertreters.

§. 110.

In dieser Hinsicht ist zu unterscheiden zwischen Solchen, welche schon kraft eines ihnen obliegenden Amtes zur Stellvertretung oder Assistenz für gewisse Personen verpflichtet sind, wie die Vormünder (tutores und curatores), und Stellvertretern anderer Art. — Da von den ersteren später noch besonders die Rede seyn wird, so soll hier nur von der Bestellung der übrigen Vertreter gehandelt werden.

Diese geschieht nun zwar durch einen gewöhnlichen Mandatsvertrag, welcher als Consensualcontract weder schriftliche Aufzeichnung, noch die Beobachtung irgend einer anderen Formalität fordert.

Da jedoch der Gegner in der Regel nicht schuldig ist, sich mit einem Stellvertreter in der Hauptsache einzulassen, so lange er nicht die Gewißheit erhalten hat, daß derselbe von dem Principal wirklich zu diesem Geschäfte bevollmächtiget wurde, und da allenfallsige Anstände in dieser Beziehung Störungen und Aufenthalt im Gange des Hauptverfahrens veranlassen können, so ist es doch sehr rathsam, bei der Ernennung eines Procurators solche Formen zu wählen, durch welche jedem Zweifel von Seite des Gegners in dieser Hinsicht vorgebeugt wird. Aus diesem Grunde haben die Bestimmungen des Röm. Rechts über den procurator praesentis, sowie über den proc. apud acta factus noch immer eine innere praktische Bedeutung.

Die sicherste und zugleich einfachste Form besteht darin, daß die Partei unmittelbar bei dem Gerichte der Hauptsache selbst entweder mündlich zum Protokoll, oder in einer schriftlichen Eingabe an dasselbe erklärt, wen sie zur Stellvertretung in ihrer Angelegenheit ermächtige.

Gleiche Sicherheit gewährt es indessen auch, wenn die Partei diese Erklärung vor einem anderen Gerichte, oder vor einem Notar abgibt, eine öffentliche Urkunde darüber ausfertigen läßt, und diese ihrem Stellvertreter zur Vorlage bei dem verhandelnden Gerichte behändiget. Die Ausfertigung der Vollmacht in der Form einer Privaturkunde ist jedoch schon bedenklich, weil die Aechtheit solcher Urkunden bezweifelt, und durch diesen Zweifel ein zeitraubendes und kostspieliges Zwischenverfahren veranlaßt werden kann. Eine bloß mündliche außergerichtliche Vollmachtsertheilung vor Zeugen ist noch weniger rathsam, — wegen der Weitläufigkeit und Unsicherheit des Zeugenbeweises, der in diesem Falle nothwendig werden könnte; und eine mündliche Ermächtigung unter

vier Augen ist vollends zu mißbilligen, weil das einzige in diesem Falle anwendbare Beweismittel, — nämlich die Eidesdelation wegen der Unbekanntheit der zu beschwörenden Thatsache für den Gegner nicht den gewünschten Erfolg hat.

Die Erklärung, durch welche Jemand zum Stellvertreter ernannt wird, muß übrigens enthalten:

a) die persönliche Bezeichnung des Vollmachtgebers, und des Anwaltes, welche genau genug seyn muß, um jeden Zweifel über die Identität der Personen auszuschließen. Gewöhnlich verlangt man zu diesem Zwecke die Angabe von Vor- und Zunamen, von Stand, Gewerbe und Aufenthaltsort. Allein nicht immer werden alle diese Momente zu obigem Zwecke als nothwendig erscheinen.

Dapp, über die Lehre von der Legitim. §. 248 flg. Stuttg. 1829.

Daß der Anwalt den ihm ertheilten Auftrag auch wirklich angenommen habe, gehört zwar auch wesentlich zur Perfection des Bevollmächtigungscontractes. Allein die Vollmachtsurkunde braucht darüber nichts zu enthalten, weil durch das persönliche Erscheinen des Procurators im Namen des Mandanten die Uebernahme des Mandats von seiner Seite ohnehin schon außer Zweifel gesetzt wird.

b) Die Bezeichnung des Geschäftes, wozu der Letztere ermächtiget seyn soll;

c) den Auftrag selbst, und, wenn der Procurator schon vor der Ausstellung der Vollmacht für den Principal etwas vorgenommen haben sollte, auch die Genehmigung des bereits Geschehenen;

d) bei schriftlich ertheilter Vollmacht auch die Unterschrift des Mandanten, — deren Aechtheit nöthigenfalls beglaubiget werden muß, — nebst Angabe der Zeit und des Ortes.

Diese Punkte sind wesentlich. Außerdem kommen aber häufig auch in den Vollmachtsurkunden mancherlei Clauseln vor, von denen einige ganz unnütz und zwecklos sind, wie z. B. die clausula indemnisationis, rati et grati; andere dagegen zwar nicht zum Rechtsbestande der Vollmacht selbst nothwendig sind, aber doch auf Verlangen des Gegners oder des Gerichts nachgeholt werden müssen, wenn sie fehlen. In diese Classe gehört namentlich a) die *cl. heredum,* d. h. die Bemerkung, der Procurator soll nicht bloß für den Gewaltgeber allein, sondern auch für dessen Erben bevollmächtiget seyn, und b) die *cl. substitutionis,* oder die Ernennung eines Afteranwaltes für den Fall, wenn der principaliter ernannte verhindert seyn sollte.

Beide Clauseln sind in dem J. R. A. §§. 99 und 100 vorgeschrieben, um Verzögerungen des Processes vorzubeugen.

Anstatt der namentlichen Bestellung eines Afteranwaltes wird übrigens gewöhnlich dem Procurator die facultas substituendi eingeräumt.

Vgl. Clem. 3. 1. 10.

Als nützliche Clauseln einer Vollmacht können genannt werden die cl. hypothecae, durch welche dem Procurator ein Pfandrecht für seine Forderungen bestellt wird, und die cl. cum libera, wovon später die Rede seyn wird.

Fortsetzung.

§. 111.

Die Vollmacht kann übrigens nicht bloß ausdrücklich (mündlich oder schriftlich), sondern auch stillschweigend, d. h. durch die Vornahme solcher Handlungen ertheilt werden, welche keine andere Auslegung zulassen, als daß sich der Handelnde durch einen Anderen vertreten lassen wolle (mandatum tacitum; nicht zu verwechseln mit dem s. g. mandatum praesumtum, von welchem später die Rede seyn wird). Ob die Handlungen, aus welchen die Absicht, zu bevollmächtigen, abgeleitet werden soll, zu diesem Zwecke auch concludent genug seyen, hängt von dem Ermessen des Richters ab. In folgenden Fällen spricht jedoch schon das Gesetz dafür:

1) Wenn Jemand in seinem Beiseyn einen Andern als Procurator für sich handeln läßt, ohne zu widersprechen.

Fr. 6. §. 2. D. 17. 1.
Fr. 60. D. 50. 17.
c. 6. C. 4. 35.
§. 1. J. 4. 10.

Indessen beschränkt sich diese stillschweigende Vollmacht, oder besser ausgedrückt, diese stillschweigende Genehmigung nur auf die Handlung, auf deren Billigung sich aus der Anwesenheit des Principalen mit Sicherheit schließen läßt.

Vgl. Glück, Comm. V. S. 223.

2) Wenn eine Ehefrau ihrem Manne die zu ihrem Paraphernalvermögen gehörigen Schuldobligationen anvertraut, indem hierin eine stillschweigende Bevollmächtigung

des Mannes zur Führung der hierauf Bezug habenden Rechtsstreitigkeiten liegt.

c. 11. C. 5. 14.

Die Ausdehnung dieses letzten Satzes auf alle Personen, welche die erforderlichen Documente in Händen haben, und deßhalb als stillschweigend bevollmächtigte Anwälte anerkannt werden sollen, läßt sich jedoch in keiner Hinsicht rechtfertigen.

Vgl. C. G. O. 1555. Thl. I. Tit. 21. §. 2.

Auch die Annahme des Auftrages von Seite des Procurators kann übrigens stillschweigend geschehen.

Clem. 1. 1. 10.

Vgl. Fr. 8. §. 1. D. 3. 3.

Von den Stellvertretern juristischer Personen und deren Bestellung insbesondere.

§. 112.

Oeffentliche Anstalten, welche das Recht der juristischen Persönlichkeit genießen, müssen schon ihrem Begriffe nach vor Gericht vertreten werden, und das Recht, wie die Pflicht der Vertretung hat der jedesmalige Vorstand der Anstalt, welcher jedoch allerdings auch befugt ist, im Verhinderungsfalle einen Anwalt zu bestellen. — Bei Corporationen und Gemeinden wäre zwar das persönliche Erscheinen und Handeln aller Mitglieder, welche zur Zeit die universitas bilden, denkbar, aber doch jedenfalls eben so unbequem, als mit der Gefahr von Unordnung und Verwirrung verbunden;

c. 7. X. 1. 38.

„universitas ad agendum et respondendum commode interesse non potest",

weßhalb dem Gerichtsgebrauche zufolge auch hier eine Vertretung für nothwendig gehalten wird.

Glück, Comm. V. S. 312 a. E.

c. un. X. 1. 39. spricht zwar die Nothwendigkeit einer Vertretung gesetzlich aus, aber nur aus einem singulärem Grunde in Bezug auf „monachi“.

Die Beantwortung der Frage, durch wen eine Corporation oder Gemeinde vertreten werden soll, hängt aber davon ab, ob die Gemeinde eine geordnete Verfassung hat, oder nicht.

In dem ersten Falle ist nicht selten ein eigener Beamter dazu angestellt, die gerichtlichen Angelegenheiten der Gemeinde zu besorgen (z. B. bei Stadtgemeinden, Universitäten), welcher schon im Röm. Rechte, vorzugsweise unter dem Namen „syndicus“ vorkommt.

Fr. 1. §. 1. Fr. 6. §. 1. in f. D. 3. 4.

In Ermanglung eines ständigen Syndicus hat der verfassungsmäßige Vorstand der Gemeinde oder Corporation dieselbe zu vertreten, oder im Verhinderungsfalle einen Vertreter zu ernennen.

c. 21. X. 1. 3.

Ist aber, — wie gewöhnlich, — die Besorgung der Gemeindeangelegenheiten einem Collegium übertragen, so hat dieses den Stellvertreter zu wählen,

Fr. 3. D. 3. 4.

was jedoch auch mittelbar in der Art geschehen kann, daß die Mitglieder des Collegiums die Ausübung des Wahlrechts ihren Vorständen überlassen.

Fr. 6. §. 1. D. eod.

Wenn aber das Collegium selbst die Wahl vornimmt, so wird zu deren Gültigkeit nach gemeinem Rechte vorausgesetzt, daß sämmtliche Mitglieder ordnungsgemäß convocirt wurden,

c. 2. C. 10. 31.

daß wenigstens zwei Drittheile der Berufenen an der Wahl Theil nahmen,

Fr. 3. D. 3. 4.

und daß die meisten der Erschienenen demselben Candidaten ihre Stimme gaben.

Vgl. Fr. 160. §. 1. D. 50. 17.

S. Glück, Comm. V. §. 408.

Lotz, civ. Abh. S. 109 flg.

Alex. Lang, Vindic. opin. vulg. de decret. ab ord. munic. etc. Erlang. 1828.

Sollte eine Gemeinde keinen regelmäßigen Vorsteher haben (was jedoch gegenwärtig kaum noch irgendwo vorkommen dürfte), so müßte der Vertreter auf die nämliche Art, die so eben angedeutet wurde, von sämmtlichen stimmfähigen Gemeindegliedern vorgenommen werden. — Im Uebrigen gelten hinsichtlich der Form, die bei der Bestellung eines Gemeindevertreters zu beobachten ist, abgesehen von dem Falle, in welchem entweder der Vorsteher selbst, kraft seines Amtes, die Vertretung übernimmt, oder in welchem ein zu diesem Zwecke eigens angestellter Beamter das Geschäft besorgt, die nämlichen Grundsätze, welche in Bezug auf die Stellvertreter physischer Personen aufgestellt worden sind. Denn die Vertretung beruht auch hier auf dem Bevollmächtigungsvertrage; der Repräsentant ist „procurator“.

Fr. 6. §. 3. D. 3. 4.

und er kann selbst ohne Anstand in der Vollmacht so genannt werden,

c. 9. X. 1. 38.

obgleich gewöhnlich die Ausdrücke „syndicus“ oder „actor“ für ihn vorkommen.

Fr. 1. §. 1 u. 2. Fr. 6. §. 2 u. 3. D. 3. 4.

Nur folgende Eigenthümlichkeiten sind hiebei zu bemerken:

1) Wenn der Syndicus von dem Collegium der Gemeindevorsteher, oder von allen Gemeindegliedern gewählt werden muß, so soll über den Wahlact selbst eine öffentliche Urkunde (durch das Gericht oder durch einen Notar) aufgenommen werden, damit über die Beobachtung der vorgeschriebenen Formen kein Zweifel entstehen könne. Ein Formular einer solchen Urkunde ist zu finden in

Claproth, ord. Proc. I. S. 368. (3te Aufl.)

2) Die für gewöhnliche Vollmachtsurkunden reichsgesetzlich vorgeschriebene „clausula heredum" ist in einer Syndicatsurkunde überflüssig, weil die universitas als Vollmachtgeberin durch den Tod einzelner Mitglieder nicht aufhört zu existiren. Auch die Clausel „für unsere Nachkommen" ist unnöthig, obgleich sie gewöhnlich anstatt der claus. hered. eingerückt zu werden pflegt.

v. Linde, Lehrb. 7te Aufl. S. 179 not. 7.
Glück, Comm. V. S. 314.

Von dem Rechtsverhältnisse des Procurators.

A. Zu seinem Principal.

§. 113.

Die rechtliche Stellung des Procurators seinem Principal gegenüber ist die eines Mandatars zu dem Mandanten, selbst dann, wenn er für seine Bemühung ein Honorar erhält.

Fr. 6. pr. Fr. 7. D. 17. 1.

Alle Rechte und Verbindlichkeiten also, welche sonst aus dem Bevollmächtigungsvertrage für den Mandatar entspringen, bestehen auch für den Procurator.

Insbesondere kann er für die bei dem Geschäfte bestrittenen Auslagen von dem Principal volle Entschädigung, und, wenn ihm ein Honorar zugesichert wurde, auch dieses in Anspruch nehmen.

c. 1. C. 4. 35.

Dagegen ist er aber verpflichtet, dem Gewaltgeber über die Verwendung der von ihm empfangenen Geldvorschüsse, sowie über die für ihn gemachten Einnahmen ordentliche Rechnung abzulegen, und, was die Hauptsache ist, das ihm übertragene Geschäft mit allem Fleiße zu vollziehen. In dieser letzten Beziehung haftet er seinem Principal nicht bloß für dolus, sondern auch für omnis culpa.

c. 13. C. 4. 35.

Wenn daher der Letztere durch dolose oder fahrlässige Handlungen oder Unterlassungen seines Stellvertreters beschädiget wird, oder wohl gar im Rechtsstreite unterliegt, so hat dieser nicht nur keinen Anspruch auf Vergütung der bestrittenen Auslagen und auf Entrichtung des vielleicht versprochenen Honorars,

c. 4. C. 4. 35.

sondern er kann auch von dem Mandanten auf Entschädigung belangt werden.

c. 10. C. 2. 13.

Im Falle einer dolosen Collusion des Anwaltes mit der Gegenpartei gestattet das Röm. Recht subsidiär auch die actio de dolo gegen den adversarius;

Fr. 8. §. 1. D. 17. 1.

Fr. 7. §. 9. D. 4. 3.

aber die restit. i. i. wegen einer Nachlässigkeit des Stellvertreters ist nach Röm. Rechte in der Regel nicht zulässig.

c. 10. C. 2. 13.

Arg. Fr. 39. D. 4. 6.

Nur in folgenden Fällen wird eine Ausnahme gemacht:

a) wenn unmündige, minderjährige, oder andere unter cura stehende Personen durch die Nachlässigkeit ihrer Vertreter in einem Rechtsstreite beschädiget würden, und weder die Vertreter selbst, noch deren Bürgen im Stande sind, den Schaden zu vergüten;

   c. 13. §. 11. C. 3. 1.

   Nicht dagegen ist: c. 3. C. 2. 25.

b) bei legatis civitatis, absentibus reipublicae causa und den diesen Gleichgestellten, wenn sie während ihrer Abwesenheit durch nachlässiges Benehmen ihrer Procuratoren zu Schaden gekommen waren, jedoch nur insoweit, daß ihnen gestattet wird, gegen das nachtheilige richterliche Urtheil zu appelliren (wenn gleich die Appellationsfrist schon abgelaufen ist).

   Fr. 26. §. 9. D. 4. 6.

   Fr. 8. D. 4. 1.

Indessen scheint sich diese mildere Ansicht erst später durch kaiserliche Rescripte und durch den Gerichtsgebrauch gebildet zu haben. Die Aeußerung von Paulus in

Fr. 39. D. 4. 6.

enthält noch die Regel des älteren Rechtes.

Vergl. über diesen sehr bestrittenen Punkt: G. C. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung

in den vor. Stand. Götting. 1831. S. 166 flg. — v. Vangerow, Leitfaden. I. S. 253 und 256.

Das canonische Recht hat an diesen Bestimmungen des römischen im Wesentlichen nichts verändert. Nur ist in

c. 2. X. 1. 41.

verordnet, daß eine Kirche, welche durch Nachlässigkeit ihres Procurators beschädiget wurde, sofort auch ohne Vorausklage gegen den Procurator restituirt werden soll.

Die deutschen Reichsgesetze enthalten aber nur im

D. A. v. 1600 §. 95.

die Vorschrift, daß das Ungehorsamsverfahren (Achterklärung und missio in bona) in Streitsachen unmündiger und minderjähriger Personen nicht gegen diese und deren Güter, sondern gegen die Tutoren und Curatoren gerichtet, das Recht der Pflegbefohlenen aber unverletzt erhalten werden soll.

Nach gesetzlicher Bestimmung würde demnach, mit wenigen Ausnahmen, noch immer die Regel gelten, daß wegen Nachlässigkeit der Stellvertreter die rest. i. i. nicht zu gewähren sey. Allein der deutsche Gerichtsgebrauch hat sich schon längst einer milderen Behandlung zugewendet.

Aus den Motiven des bekannten dubium camerale vom 19. Mai 1786 (Bergmann, Corp. jur. S. 484. *Emminghaus,* Corp. jur. germ. 2te Aufl. S. 586 flg.) ergibt sich, daß schon lange vorher sowohl bei vielen reichsständischen Gerichten, als auch bei dem Reichskammergerichte selbst die Restitution wegen Nachlässigkeit des Procurators wenigstens dann nicht verweigert zu werden pflegte, wenn die Vorausklage gegen den Procurator wegen Zahlungsunfähigkeit desselben erfolglos

geblieben war; — ja daß bei notorischer Zahlungsunfähigkeit desselben die allgemeine Praxis die Restitution sogar ohne Vorausklage gestattete.

Das gedachte dubium camerale ging aber noch einen Schritt weiter und begutachtete, — wenigstens bei den öffentlich verordneten Anwälten, — die Zulassung der Restitution in allen Fällen ohne vorläufige Excussion des Anwaltes, jedoch mit Vorbehalt strenger disciplinärer Ahndung gegen die nachlässig befundenen Vertreter.

Dieser Beschluß des Reichskammergerichts ist zwar nie zu einem Reichsgesetze erhoben worden. Allein der Einfluß desselben auf die deutsche Praxis war in denjenigen Ländern, in welchen nicht eine abweichende Particulargesetzgebung im Wege stand (wie z. B. in Bayern, wo der noch vor dem dub. cam. erschienene Cod. jur. jud. c. 7. §. 10. das ältere Excussionssystem sanctionirt hatte), so groß, daß die darin aufgestellte Regel allenthalben als jetzt geltendes gemeines Recht betrachtet wird.

Die schon früher eingetretene Abweichung der Praxis von dem reinen Regreßsysteme des Röm. Rechts war vorzüglich durch das Gefühl der Unbilligkeit veranlaßt worden, welche darin lag, daß im Falle der Insolvenz des Anwaltes jenem Systeme zufolge die unschuldige Partei für die Versehen des letzteren büßen mußte. — Die in Folge des kammergerichtlichen Beschlusses vom Jahre 1786 noch weiter eingetretene Minderung aber, gemäß welcher die Partei nicht erst nach vergeblicher Ausklagung des Anwaltes, sondern sofort, direct auf die Restitution Anspruch machen kann, wurde durch die außerordentlichen Schwierigkeiten herbeigeführt, welche mit der Regreßklage gegen den nachlässigen Anwalt ver-

bunden waren, indem der Kläger nicht nur das Versehen des Anwaltes, sondern auch außerdem noch die Behauptung zu beweisen hatte, daß ohne dieses Versehen der Hauptstreit zum Vortheile der Partei würde entschieden worden seyn.

Vgl. Kori im Arch. für civ. Prax. V. S. 399 flg.

Der Einfluß dieser materiellen Gründe auf die Bildung des neueren Gerichtsgebrauches wird von keiner Seite in Abrede gestellt. Ob aber dieses neue System auch durch die formell bindende Kraft des kammergerichtlichen Beschlusses vom Jahre 1786 gerechtfertiget werden könne oder nicht, ist allerdings wegen der Verschiedenheit der Ansichten über die gemeinrechtliche Kraft der Gemeinbescheide des Kammergerichts überhaupt bestritten.

Martin, Lehrb. 12te Aufl. S. 143 u. 144.
Sartorius in der Zeitschrift für Civilr. und Proc. Neue Folge I. Bd. S. 175 flg.
Dagegen aber: Linde, Abh. I. S. 148 flg.

Der kammergerichtliche Beschluß vom Jahre 1786 bevorwortete übrigens das System der directen Restitution nur in Bezug auf „öffentlich verordnete Anwälte", nicht auch in Bezug auf Privatprocuratoren, welche die Partei selbst gewählt hatte, weil bei diesen der Partei der Vorwurf entgegenstehe „quare diligentiorem non elegerit". Allein wenigstens die subsidiäre Restitution (nach erfolgloser Excussion des Anwaltes) wird in der Praxis auch hier gewährt.

Schmid, Handb. I. S. 268. not. 99. 100.

Eine Unterscheidung zwischen Advocaten und Procuratoren

Gensler im Arch. IV. S. 117 flg.

ist aber in dieser Hinsicht nicht zu rechtfertigen, da der kammergerichtliche Beschluß von 1786 ausdrücklich beide nebeneinander nennt.

Fortsetzung.

Umfang der Befugnisse eines Procurators.

§. 114.

Der Umfang der Befugnisse eines gerichtlichen Procurators richtet sich nach dem Umfange der ihm ertheilten Vollmacht. Das Röm. Recht unterscheidet in dieser Hinsicht einen procurator omnium rerum (universorum bonorum, cui generaliter libera administratio rerum commissa est) und einen proc. unius rei.

Fr. 1. §. 1. Fr. 58. D. 3. 3.

Fr. 17. §. ult. D. 12. 2.

Ein procurator unius rei kann aber wieder entweder

a) zu einem einzelnen Processe, aber doch *ad totam causam*, oder

b) nur zu einzelnen Handlungen im Processe bestellt werden.

Vgl. Fr. 1. §. 1. D. cit.

Diese dreifache Abstufung der Vollmacht dürfte vielleicht am zweckmäßigsten durch die Ausdrücke bezeichnet werden: Universal-, Particular- und Specialmandat; obwohl diese Terminologie nicht die üblichste ist, indem man gewöhnlich nur General- und Specialvollmacht unterscheidet, und von jener dann spricht, wenn Jemand zur Stellvertretung in einem Rechtsstreite überhaupt ermächtiget wird, ohne Aufzählung der

einzelnen Handlungen; — von dieser, wenn die einzelnen Handlungen, zu deren Vornahme der Procurator berechtiget seyn soll, enumerirt werden.

Vgl. z. B. Gensler, Comm. I. S. 124 flg. Linde, §. 133.

Ein Procurator nun, welcher

I. nur ein mand. speciale in dem hier angenommenen Sinne erhalten hat, ist auf die einzelne Handlung beschränkt, zu welcher er bevollmächtigt wurde. Ueberschreitet er seine Vollmacht, so ist die Handlung ungültig, und ohne verbindende Kraft für den Mandanten, wenn Dieser nicht etwa ratihibirt.

c. 10. C. 2. 13.

II. Wer ein Particularmandat zwar nur ad certam, aber doch ad totam causam hat, ist in processualischer Hinsicht zu allen denjenigen Handlungen berechtiget, welche der Mandant selbst vornehmen könnte, und die zur Erreichung des letzten Zweckes der Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung als nothwendig erscheinen, selbst dann, wenn diese Handlungen in der Vollmacht nicht namentlich aufgezählt seyn sollten, sondern der Auftrag nur in der allgemeinen Formel ausgedrückt wäre, den Principal in dieser Sache zu vertreten.

Nur einige besonders wichtige Handlungen fordern einen speciellen Auftrag, mit namentlicher Erwähnung, von denen jedoch das Nähere sub Nr. III. vorkommen wird. Dagegen ist aber auch ein Procurator mit einer solchen Particularvollmacht immer nur auf den einzelnen Rechtsstreit beschränkt, auf welchen seine Vollmacht lautet.

Nur dann, wenn er als Kläger für seinen Mandanten auftritt, ist er nicht bloß berechtiget, sondern sogar

verpflichtet, sich auch auf fremdartige Klagen einzulassen, welche gegen seinen Mandanten angestellt werden.

Fr. 33. §. 4. Fr. 43. §. 4. D. 3. 3.

Fr. 5. §. ult. D. 39. 1.

III. Eine Universalvollmacht endlich berechtiget und verpflichtet den Procurator, seinen Gewaltgeber regelmäßig in allen vorkommenden Fällen, als Kläger sowohl, wie als Beklagten zu vertreten.

Fr. 3. §. 2. D. 46. 7.

Nur in wenigen Fällen ist noch ein Particularmandat nothwendig.

Siehe hierüber: Fr. 25. §. 1. D. 4. 4.

Fr. 47 u. 48. D. 3. 3.

Fr. 39. §. 7. D. eod.

Fr. 40. pr. D. eod.

In jeder einzelnen Streitsache hat übrigens der procurator universalis dieselben Befugnisse, wie der particularis.

Eben deßhalb bedarf auch er zu gewissen Handlungen eines speciellen Auftrages, um sie mit Rechtsbestand vornehmen zu können.

Ueber die Frage aber, welche Handlungen ein Specialmandat voraussetzen, bestehen verschiedene Meinungen, obgleich eine feste Ansicht darüber, wegen der praktischen Folgen, die damit zusammenhängen, sehr zu wünschen wäre. — Einige bleiben genau bei denjenigen Handlungen stehen, bezüglich welcher in ausdrücklichen Stellen verordnet ist, daß sie nur ex mandato speciali vorgenommen werden können; — Andere stellen ein allgemeines Princip hierüber auf, welches jenen besondern Verordnungen zu Grunde liegt, ohne jedoch dasselbe auf die ausdrücklich genannten Fälle zu beschränken.

Den letzten Weg hat Grolman §. 63, und, wie sich aus §. 75 Not. i vermuthen läßt, auch Martin vorgezogen, und er scheint auch der richtigere zu seyn.

Dieses allgemeine Princip ist aber wohl kein anderes, als daß jede Handlung ein Specialmandat voraussetzt, von welcher nicht zu vermuthen ist, daß der Vollmachtgeber an sie gedacht habe, der einem Andern nur in genere den Auftrag ertheilte, ihn in einem Processe zu vertreten.

arg. c. 3. in 6to 1. 13.

Aus diesem Gesichtspunkte erklärt es sich, warum einem Procurator ohne Specialvollmacht nicht erlaubt ist,

a) einen Vergleich zu schließen, oder wohl gar auf den Streit zu renunciren;

Fr. 60. D. 3. 3.
Fr. 13. D. 2. 15.
c. 7. C. 2. 4.
c. 4. in 6to 1. 19.

b) einen Schiedsrichter zu wählen;

c. 9. X. 1. 43.

c) das jusjurand. volunt. zu deferiren;

c. 4. in 6to 1. 19.
Vergl. Fr. 17. §. 3. Fr. 18 u. 19. D. 12. 2.

d) ein Geständniß abzulegen;

Fr. 6. §. 4. D. 42. 2.

e) einen Calumnieneid für den Principal zu leisten;

c. 4. in 6to 1. 19.
c. 3. in 6to 2. 4.

f) eine Zahlung für denselben zu empfangen;

Fr. 86. D. 46. 3.

g) für einen Minderjährigen Restitution zu suchen.

Fr. 25. §. 1. D. 4. 4.
c. 7. X. 1. 41.

Soll daher ein Stellvertreter auch zur Vornahme dieser und ähnlicher Handlungen berechtiget seyn, so muß ihrer in der Vollmacht ausdrücklich Erwähnung geschehen. Indeß ist es nach canonischem Rechte

c. 4. in 6to 1. 19.

hinreichend, wenn auch nur Eine oder Einige dieser Handlungen ausdrücklich angeführt werden, mit Hinzufügung einer clausula generalis, indem in diesem Falle der Procurator auch die nicht ausdrücklich genannten Acte vornehmen darf, insofern sie nur nicht wichtiger sind, als die genannten.

Clem. 2. 1. 10.

Auch läßt sich nach der angeführten Stelle nicht läugnen, daß sowohl bei einem procurator omnium bonorum, als unius causae eine mit der Clausel: ***„cum libera“*** (sc. potestate agendi) versehene Generalvollmacht die specielle Ermächtigung zu jenen Handlungen überflüssig macht.

Veranlassung zu dieser Bestimmung des canonischen Rechtes (über die claus. „sub libera“) hat übrigens schon das Röm. Recht gegeben.

Das Röm. Recht unterscheidet nämlich in Bezug auf die Befugnisse eines Bevollmächtigten zwischen einem procurator universorum bonorum (omnium rerum) und einem procurator unius rei oder causae. Der letztere konnte allerdings, ohne ein speciale mandatum, weder einen Vergleich abschließen, noch einen Eid deferiren, noch eine Zahlung empfangen u. s. w. (s. oben), und von einer Clausel, durch welche für einen Procurator dieser Art die specielle Vollmacht zu jenen Handlungen hätte ersetzt werden können, weiß das Röm. Recht nichts. — Ein procurator omnium bonorum aber konnte als solcher

schon, folglich auch ohne Specialmandat, einen Vergleich eingehen,

Fr. 12. D. 2. 14.

den Eid zuschieben,

Fr. 17. §. 3. D. 12. 2.

Zahlungen leisten

Fr. 87. D. 46. 3.

und Novationen vornehmen.

Fr. 20. §. 1. D. 46. 2.

Cujac. ad l. 4. D. 4. 1. in opp. (Edit. Prat.) Tom. IX. p. 286.

Lauterbach, colleg. theor. pract. p. I. lib. III. Tit. 3. §. 9.

Auch das Recht, Veräußerungen im engeren Sinne vorzunehmen, ist dem procur. omnium bonorum in mehreren Stellen ausdrücklich zugesprochen.

§. 43. J. 2. 1.

Fr. 58. D. 3. 3.

c. 10. C. 4. 26.

Nur in einer Stelle wird ihm das Alienationsrecht sine speciali mandato versagt.

Fr. 63. D. 3. 3.

Da nun in den zuerst angeführten drei Stellen von einer „*libera*" administratio gesprochen wird, in dem zuletzt angeführten Fragmente aber das Wörtchen „*libera*" nicht vorkommt, so wurde dieser Umstand von Einigen zur Lösung des Widerspruches in diesen Stellen in der Art benützt, daß sie behaupteten, nur ein Procurator, dem die *libera* admin. bonor. übertragen worden sey, dürfe auch ohne Specialvollmacht alieniren, ein anderer aber nicht; und diese Unterscheidung wurde auch auf die übrigen Handlungen (Vergleich, Eideszuschiebung u. s. w.) ausgedehnt, weil sie doch auch unter

den Gesichtspunkt einer Alienation im weiteren Sinne des Wortes gestellt werden konnten. — Das canonische Recht hat nun diese Ansicht im c. 4. in 6to 1. 19. bestätiget, und die Wirksamkeit der Clausel „cum libera" sogar auf den procurator unius causae ausgedehnt (nisi ei bonorum *vel causae* administratio libere sit concessa).

J. H. Böhmer, J. E. P. lib. I. Tit. 38. §. 4.

Die Anerkennung der vom canonischen Rechte sowohl dieser Clausel, als der vorhin erwähnten claus. generalis beigelegten Wirksamkeit ist jedoch in der Praxis bestritten,

Dapp, von der Legitim. zum Processe. 2te Aufl. Stuttg. 1829. S. 209. not. b.

Glück, Comm. V. S. 292 u. 293.

und schon deßhalb, noch mehr aber wegen des möglichen Mißbrauches dieser Clauseln ist es rathsamer, sich derselben nicht zu bedienen, sondern, wenn man den Stellvertreter in einer einzelnen Streitsache auch zu gewissen außerordentlichen Handlungen ermächtigen will, diese Handlungen in der Vollmacht besonders auszudrücken.

B. Verhältniß des Procurators zu dem Gegner seines Principalen.

§. 115.

Bis zur erfolgten litis contestatio steht der procurator nach Röm. Rechte nur in einem obligatorischen Verhältnisse zu seinem Mandanten. Dadurch aber, daß er mit dem Gegner seines Mandanten litem contestirt, tritt er in ein neues Rechtsverhältniß mit dem Gegner ein, welches seinen Mandanten unmittelbar gar nicht berührt, sondern nur ihn, ohne jedoch seine bisherige

Verbindlichkeit gegen den Mandanten aufzuheben. Die Röm. Juristen bezeichnen dieses neue Verhältniß durch die Worte: „Procurator lite contestata *dominus litis* efficitur.

Fr. 4. §. 5. D. 49. 1.
Fr. 11. pr. D. 44. 4.
c. 22 u. 23. C. 2. 13.

Diese Worte dürfen jedoch keineswegs so verstanden werden, als wenn der Procurator in Folge der litis contestatio in das Recht oder in die Verbindlichkeit des Principalen selbst einträte, welche, materiell betrachtet, den Gegenstand des Rechtsstreites bildet, so, daß nur er nach Belieben darüber verfügen könnte,

Vgl. Fr. 13. pr. D. 2. 14.
Fr. 73. D. 3. 3.
Fr. 86. D. 46. 3.
c. 7. C. 2. 4.

sondern sie haben nur den Sinn, daß diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche der Proceß erzeugt, als dem Procurator selbst persönlich zukommende zu betrachten seyen.

Fr. 11. pr. D. 44. 4.
Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 158.
Puchta, Instit. II. S. 57.

Dieser Ansicht entsprach auch die Einrichtung der formula im Falle der Stellvertretung einer Partei, indem die intentio auf den Namen des Vertretenen, die condemnatio aber auf den Namen des Vertreters gestellt wurde.

Gaj. IV. §. 86. 87.
Keller, Röm. Civilpr. II. S. 225 flg.

Der Grund dieser Ansicht war übrigens nicht, wie früherhin geglaubt wurde,

J. H. Boehmer, J. E. P. Lib. I. Tit. 38. §. 21 sq. §. 27.

eine Subtilität, sondern lag in der eigenthümlichen Wirksamkeit aller Handlungen, durch welche eine obligatio erzeugt wurde. Die litis contestatio begründete nämlich ein contractähnliches Verhältniß zwischen den diesen Act vollziehenden Personen.

Keller a. a. O. S. 262. §. 62.

Wenn daher Jemand, anstatt selbst litem zu contestiren, diese Handlung durch einen Stellvertreter mit dem Gegner vornehmen ließ, so afficirte auch die daraus entspringende obligatio quasi ex contractu nur den Stellvertreter, nicht auch den Mandanten, weil obligirende Handlungen überhaupt auf dritte, nicht mithandelnde Personen keine rechtliche Wirkung äußerten.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 154 flg.

Die Folgen des jetzt s. g. dominium litis (welches nicht bloß bei procuratoribus, sondern bei allen Arten von Stellvertretern stattfand) waren ursprünglich, auch abgesehen von dem Einflusse desselben auf die Beendigung des Verhältnisses der Stellvertretung (wovon später die Rede seyn wird), sehr bedeutend.

So mußte nicht nur die sententia — in Conformität mit der ertheilten formula (siehe oben S. 353) bei Vermeidung der Nichtigkeit auf den Namen des Procurators gestellt werden,

c. 1. C. 7. 45.

sondern auch die aus dem Urtheile entspringende Klage, die actio judicati, wurde als ein Erzeugniß der von dem Procurator contrahirten obligatio, in der älteren Zeit nur diesem, und nur gegen diesen, nicht aber dem Mandanten oder gegen den Mandanten ertheilt.

Fragm. Vat. §. 317.

Wenn daher der Procurator des Klägers vermittelst dieser actio den Vollzug des Urtheils von Seite des condemnirten Gegners erwirkt hatte, und das Empfangene nicht freiwillig an seinen Mandanten abgab, so mußte dieser erst die actio mandati directa gegen seinen Procurator anstellen, um von ihm das durch die actio judicati Errungene zu erhalten.

Fr. 46. §. 4. D. 3. 3.

In gleicher Weise mußte aber auch umgekehrt der Procurator des Beklagten durch die actio mandati contraria bei seinem Vollmachtgeber Entschädigung suchen, wenn er im Streite unterlegen war, und der actio judicati des siegenden Klägers aus eigenen Mitteln Genüge geleistet hatte.

Fr. 46. §. 5. D. 3. 3.

Nur bei dem cognitor verhält sich die Sache, — wahrscheinlich wegen der eigenthümlichen Form der Bestellung desselben, durch welche sich der Mandant dem Gegner selbst gegenüber zur unbedingten Anerkennung der Acte seines Stellvertreters verpflichtete, —

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 172.

von jeher anders, indem die actio judicati hier nicht dem Cognitor oder gegen ihn, sondern unmittelbar dem Constituenten selbst oder gegen ihn gegeben wurde.

Fragm. Vat. §. 317.

Keller, Röm. Civilpr. II. S. 230.

Nicht ganz ebenso, wie mit der *actio* judicati, verhielt sich jedoch die Sache mit der *exceptio* rei judicatae.

Hinsichtlich dieser Einrede kam es nämlich darauf an, ob der Kläger in eigener Person, oder (was gleichviel galt) durch einen cognitor litem contestirt hatte, oder durch einen andern Stellvertreter (procurator und dergl.). In dem ersten Falle erwarb der Beklagte die

exceptio rei judicatae jedesmal unmittelbar, auch durch die Lossprechung seines Stellvertreters, wenn dieser gleich nur procurator oder defensor war. In dem zweiten Falle aber war der Beklagte (selbst wenn er in eigener Person mit dem procurator des Klägers litem contestirt hatte) gegen die Erneuerung der Klage von Seite des Klageberechtigten durch die erfolgte Lossprechung nicht sicher gestellt.

Gaj. IV. §. 97 u. 98.

Vgl. Fr. 23. D. 46. 3.

Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 179 flg. und S. 209 flg.

Ueber den Grund dieses Unterschiedes siehe Puchta, Instit. II. S. 58 u. 59.

Außer dem Einflusse des s. g. dominium litis auf die Fassung des Urtheils und die actio judicati, sind noch folgende Nebenwirkungen derselben zu bemerken:

1) Sobald eine Partei mit dem Stellvertreter ihres Gegners einmal litem contestirt hatte, konnte sie gegen die Person des Letzteren keine Einwendungen (except. procuratorias, cognitorias) mehr vorbringen.

Fr. 8. §. 2. Fr. 57. D. 3. 3.

c. 13. C. 2. 13.

2) Wenn mehrere Procuratoren hinsichtlich derselben Streitsache in der Art aufgestellt waren, daß jeder von ihnen für die Partei hätte auftreten können, so hatte Der den Vorzug, welcher litem contestirt hatte, und schloß dadurch die übrigen aus.

Fr. 32. D. 3. 3.

3) Vor Erfolg der litis contestatio konnte der Bevollmächtigte einer Partei die Führung des Processes keinem Anderen übertragen.

Fr. 8. §. 3. D. 17. 1.

Nach der litis contestatio aber war eine solche Substitution rechtlich möglich, weil der Stellvertreter durch jenen Act selbst ein Obligationsverhältniß für sich zu dem Gegner begründet hatte.

c. 8. 11 u. 23. C. 2. 13.

Nur wurde ohne Zweifel eine solche Substitution nicht ohne vorgängige causae cognitio gestattet, weil auch der Gegner ein Recht auf Beibehaltung des ihm einmal durch die litis contest. obligirten Stellvertreters erworben hatte.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 162. Nr. 5.

Fortsetzung.

§. 116.

Der Rechtssatz, daß der Stellvertreter durch die litis contestatio dominus litis werde, sowie mehrere der nach dem älteren Rechte damit verbundenen, und in dem vorigen §. angedeuteten Folgen haben sich auch noch im Justinianischen Rechte erhalten. Insbesondere gilt Dieses von der Nothwendigkeit der Stellung des Urtheils auf den Namen des Procurators, und von den so eben angeführten Nebenwirkungen des domin. lit. (vor. §. a. E. von Nr. 1 bis 3), indem die darauf bezüglichen Vorschriften des älteren Rechtes unverändert auch in die Justinianische Sammlung aufgenommen wurden.

Nur eine Wirkung — freilich die wichtigste — nämlich in Ansehung der actio judicati, hatte eine wesentliche Modification erlitten, und zwar nicht erst durch Justinian, sondern gewiß schon vor ihm.

Während nämlich ursprünglich diese actio dem Gewaltgeber selbst, und gegen ihn nur dann ertheilt wurde, wenn er durch einen cognitor, — nicht auch, wenn er durch einen procurator vertreten war; finden wir schon bei Pandectenschriftstellern (Ulpian, Paulus) den procurator in dieser Hinsicht dem cognitor insofern gleichgestellt, daß die actio judicati nicht mehr gegen den verurtheilten procurator, sondern wenigstens utiliter gegen den Mandanten selbst gegeben wurde, wenn nur der procurator nicht etwa in rem suam bestellt war, oder „se obtulit, cum sciret, cautum non esse."

Fr. 61. D. 3. 3.

Fr. 4. pr. D. 42. 1.

Vergl. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 232. not. 146.

Ebenso wurde aber auch umgekehrt die actio judicati nicht dem siegenden Procurator des Klägers, sondern dem Kläger selbst eingeräumt;

Fr. 27. §. 1. und Fr. 28. D. 3. 3.

Fr. 86. D. 46. 3.

wenn nicht etwa der Procurator kraft eines ihm zustehenden Retentionsrechtes ein Hinderniß machte.

Fr. 30. D. 3. 3.

Diese Veränderung des älteren Rechtes begann damit, daß zuerst nur ein procurator praesentis in dieser Hinsicht dem cognitor gleichgestellt wurde.

Fragm. Vat. §. 331. 332.

Späterhin wurde aber die Gleichstellung auch auf Procuratoren anderer Art ausgedehnt; — jedoch in dem Falle, wenn die actio judicati gegen einen repräsentirten Schuldner geltend gemacht werden wollte, gewiß immer nur unter der Voraussetzung, daß die ertheilte Vollmacht außer Zweifel war.

Auch die oben bemerkte Beschränkung hinsichtlich der exceptio rei judicatae war schon vor Justinian hinweggefallen. Der absolvirte Beklagte konnte sich nämlich dieser Einrede späterhin nicht bloß in dem Falle bedienen, wenn er mit dem Kläger selbst, oder mit dessen Cognitor, sondern auch dann, wenn er nur mit einem Procurator des Klägers gestritten hatte;

Fr. 11. §. 7. D. 44. 2.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 213 flg.

vorausgesetzt, daß die Bevollmächtigung des klägerischen Stellvertreters außer Zweifel war.

arg. c. 1. C. 2. 13.

Fortsetzung.

§. 117.

Die Frage, ob das dominium litis der Procuratoren auch jetzt noch eine Bedeutung habe, wird zwar seit J. H. Böhmer von den meisten — theoretischen wie praktischen Schriftstellern verneint; und zwar nicht bloß von solchen, welche mit ihrem Vorgänger eine unrichtige Vorstellung von diesem Verhältnisse hatten, sondern auch von Bekennern, ja selbst von Miturhebern der richtigen Ansicht über den Grund des dominii litis.

Vergl. *J. H. Boehmer*, Diss. de domin. lit. (Exerc. ad Pand. II. 32.) und J. E. P. Lib. I. Tit. 38. §. 42 sq.

Glück, Comm. V. S. 244.

Heffter, Syst. S. 216.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 239 flg.

Linde, Lehrb. (7te Aufl.) §. 137.

Schmid, Hdb. I. S. 265.

Praktische Schriftsteller haben — vom Standpunkt Boehmers — mitunter auch ihre gute Laune an diesem Gegenstand geübt, z. B. B. v. Kreittmayr in den Anmerk. zum bayerischen Cod. jur. bav. judic. c. 7. §. 1. lit. b. §. 3. lit. a. und §. 11. lit. b. und lit. d.

Als Grund dieser Verneinung wird von Denjenigen, welche den Ursprung des dominii litis richtig beurtheilen, hauptsächlich der Umstand angeführt, daß nach unseren freieren Rechtsansichten auch bei obligatorischen Handlungen eine vollständige Repräsentation durch Dritte möglich ist, so, daß Dasjenige, was ein Stellvertreter thut, für den Mandanten dieselbe rechtliche Wirkung hat, als wenn es der Mandant selbst gethan hätte;

c. 68. 72. in 6to De R. J.

daß folglich die Anerkennung des gerade auf das entgegengesetzte Princip gebauten domin. litis gegenwärtig als ein dem ganzen modernen Systeme widersprechendes Institut erscheint.

Bethmann-Hollweg, S. 239 flg.

Allein, wenn man auch davon absieht, daß durch die in c. 68 und 72. in 6to De R. J. ausgesprochene Regel die Annahme des dominii litis wenigstens bei Stellvertretern ohne Vollmacht, und Defensoren keineswegs hindern würde, weil jene Regel ohne Zweifel einen Stellvertreter mit Wissen und Willen des Principals voraussetzt; — so ist auch in Beziehung auf bevollmächtigte Stellvertreter zu bedenken, daß auch der römische cognitor den Mandanten gerade in dem wichtigsten Punkte (Fragm. Vat. §. 317. Gaj. IV. 97. Bethmann-Hollweg, S. 169) ebenfalls repräsentirte, und daß dessenungeachtet der Gesichtspunkt des domin. litis auch auf ihn angewandt wurde; — ferner, daß sowohl das

canonische Recht, als auch die deutschen Reichsgesetze nicht nur in mehreren Stellen ausdrücklich noch von dem dominium litis des Procurators sprechen,

c. 1. in 6to 1. 19.

R. A. v. 1570. §. 100.

R. D. A. v. 1600. §. 73.

sondern auch wenigstens gewisse Vorschriften hinsichtlich seines Wirkungskreises gerade durch das ihm zustehende domin. litis motiviren.

Diesen Erwägungen zufolge scheint daher immer noch die Ansicht jener Rechtslehrer den Vorzug zu verdienen, welche sich über den Gesichtspunkt dem dom. litis wenigstens in jenen Beziehungen nicht hinwegsetzen zu dürfen glauben, in welchen ihn die Gesetze selbst noch beibehalten haben.

Martin, Lehrb. (12te Aufl.) §. 75. not. g.

Dapp, von der Legitim. zum Proc. §. 72 flg.

Daß übrigens diese Beziehungen nicht mehr von großem Einflusse sind, muß allerdings zugegeben werden.

Von den oben angegebenen — (denn über die auf die Auflösung des procuratorischen Verhältnisses sich beziehenden wird nachher gesprochen werden) — sind nur folgende als noch bestehend zu erwähnen:

1) Das Substitutionsrecht des Procurators nach der lit. cont., welches in

c. 1. §. 1. in 6to 1. 19.

ausdrücklich anerkannt, und keineswegs durch den J. R. A. §. 100. aufgehoben ist, wie Einige dafür halten, z. B.

Boehmer, J. E. P. lib. I. tit. 38. §. 50.

Vgl. Bethmann-Hollweg, S. 245. not. 172.

2) Der Satz, daß von mehreren zugleich bestellten

Procuratoren Derjenige die Andern ausschließt, welcher zuerst litem contestirt hat.

c. 6. in 6to 1. 19.

Vgl. Bethmann-Hollweg, S. 248. not. 187 und 188.

3) Wenigstens in einem Falle muß auch jetzt das Urtheil auf den Namen des Procurators gefaßt werden.

R. D. A. 1600. §. 73.

Ueber die except. procuratoriae s. J. R. A. §. 37 und 38.

c. 4. X. 1. 38.

Von der Auflösung des procuratorischen Verhältnisses.

§. 118.

Auch hier zeigt sich im Röm. Rechte der Einfluß des Grundsatzes, daß der procurator durch die lit. cont. dominus litis werde, welcher jedoch in Deutschland durch Praxis und Gesetze sehr vermindert worden ist. So wurde

1) das Rechtsverhältniß durch den während des Processes erfolgten Tod des Procurators keineswegs aufgehoben, sondern ging auf dessen Erben über,

c. 1. C. Th. 2. 12.

ein Satz, der nur eine consequente Folge des dominii litis war, aber freilich wegen der Weitläufigkeiten und sonstigen Inconvenienzen, welche die Anwendung desselben veranlaßte, schon vor Justinian aufgehoben wurde.

c. 7. C. Th. eod.

Ebensowenig erlosch

2) das Verhältniß durch den Tod des Mandanten, indem der Procurator als dom. litis den Streit auch für die Erben des Gewaltgebers fortzusetzen berechtiget war. Diese Wirkung des dominii litis hat sich auch noch im Justinianischen Rechte erhalten;

c. 23. C. 2. 13.

allein in Deutschland scheint sie nie Eingang gefunden zu haben. Denn selbst bei den Reichsgerichten wurde nach dem Tode einer Partei eine s. g. citatio ad reassumendum an die Erben derselben erlassen, was offenbar überflüssig gewesen wäre, wenn man die Grundsätze des Röm. Rechts befolgt hätte. Nur in einem Falle durfte diese Ladung nach dem D. A. von 1600 §. 73 unterbleiben, und das Urtheil auf den Procurator gerichtet werden, nämlich dann, wenn eine Partei erst nach beschlossener Sache gestorben war. Der J. R. A. bestätigt diese Nichtbeobachtung der Röm. Vorschrift noch deutlicher dadurch, daß er im §. 99 anordnet, jede Vollmacht soll ausdrücklich auch auf die Erben des Gewaltgebers ausgedehnt werden, eine Verordnung, zu welcher man gar keine Veranlassung gehabt hätte, wenn bis dahin der procurator post mortem mandantis von selbst schon zur Fortsetzung der Sache befugt gewesen wäre.

Bethmann-Hollweg, S. 246.

3) Eine Revocation des Auftrages von Seite des Mandanten war zwar vor der lit. cont. unbedenklich erlaubt, nicht aber auch später, weil man der Gegenpartei wider ihren Willen keinen andern an die Stelle dessen substituiren konnte, mit dem sie einmal durch die lit. cont. in ein obligatorisches Verhältniß getreten war. Indessen ließ doch schon das Röm. Recht aus erheblichen Gründen und causa cognita eine Ausnahme, — eine

translatio judicii auf den Gewaltgeber selbst, oder auf einen anderen Procurator zu.

Fr. 16. sq. D. 3. 3.

c. 22. C. 2. 13.

Das canonische Recht stimmt hierin dem Römischen bei,

c. 2. in 6to 1. 19.

läßt aber gleichwohl auch eine stillschweigende Revocation zu, welche vermuthen läßt, daß es mit der Anwendung des Röm. Rechts so strenge nicht genommen wurde.

c. 8. in 6to eod.

Die Praxis gestattet jetzt wohl überall eine Revocation ohne vorläufige causae cognitio. Nur fordert man nach c. 13. X. 1. 38., daß dem Richter und der Gegenpartei zu gehöriger Zeit davon Anzeige gemacht werde.

Strube, V. 25.

Eben so unzulässig war

4) endlich in der Regel auch eine Renunciation von Seite des Procurators nach der litis contest.,

Fr. 45. §. 1. D. 17. 1.

obwohl auch hier causa cognita eine Ausnahme gemacht werden konnte. Allein die Praxis gestattet die Renunciation, wie bei einem gewöhnlichen Mandate, und fordert nur auch hier Anzeige bei dem Richter und der Gegenpartei.

Bethmann-Hollweg, S. 247 u. 248.

Von Tutoren, Curatoren und Hausvätern.

§. 119.

I. Da ein Unmündiger nicht volle Gerichtsstandsfähigkeit hat, so soll er nach Röm. Rechte entweder unter Auctorität seines Tutors den Proceß führen, oder auctore tutore einen Procurator bestellen. Kann er Keines von Beiden, weil er noch infans, oder abwesend ist, so soll ihn der Tutor allein vertreten.

Fr. 1. §. 2 u. 4. D. 26. 7.

Ist aber der Tutor in diesem Falle verhindert, es selbst zu thun, so muß er darauf antragen, daß von Obrigkeitswegen ein *actor* bestellt werde, was er übrigens auch in anderen Fällen verlangen darf, jedoch nur auf seine Gefahr.

Fr. 24. pr. D. 26. 7.
Fr. 31. §. 6. D. 5. 3.

Denn einen Procurator kann nach Röm. Rechte der Tutor allein nicht ernennen, ausgenommen, er hätte schon litem contestirt.

c. un. C. 5. 61.
c. 11. C. 2. 13.
Heffter, Syst. §. 176.

II. Was die Minderjährigen betrifft, so bedürfen diese zur Führung eines Rechtsstreites nach Röm. Rechte schlechterdings eines Curators.

§. 2. J. 1. 23.
c. 11. C. 5. 34

Ist daher ein Minderjähriger, gegen welchen man gerichtlich auftreten will, noch mit keinem Curator versehen, so kann man bei der Obrigkeit darauf antragen,

daß er angehalten werde, sich einen Curator geben zu lassen.

c. 1 u. 7. C. 5. 31.

Der curator gibt sodann entweder seinen consensus oder handelt nöthigenfalls allein.

Fr. 1. §. 3 u. 4. D. 26. 7.

Im Falle einer Verhinderung kann auch hier die Bestellung eines actor stattfinden.

c. 11. C. 2. 13.

Heutzutage werden jedoch diese Bestimmungen des Röm. Rechts nicht mehr so genau beobachtet, sondern man pflegt in allen Streitsachen, bei welchen Unmündige oder Minderjährige betheiligt sind, immer nur die Tutoren oder Curatoren allein beizuziehen, und diesen ist es unbedingt erlaubt, Bevollmächtigte zu bestellen, denen jedoch die Römische Benennung „actores“ geblieben ist.

Auf gleiche Weise wird es auch mit den Curatoren Wahnsinniger, oder gerichtlich erklärter Verschwender u. dgl. gehalten.

Die Erholung des obervormundschaftlichen Consenses zur Führung eines Processes für einen Unmündigen oder Minderjährigen ist zwar nach gemeinem Rechte nicht, wohl aber nach Particulargesetzen in einigen Ländern nothwendig.

Tutoren und Curatoren standen übrigens Anfangs nach Röm. Rechte hinsichtlich der processualischen Stellvertretung den Procuratoren gleich.

arg. Gaj. IV. §. 82—99.

pr. J. 4. 11.

Doch wurde ihnen in der Folge sowohl in Bezug auf die Cautionspflicht, als in Ansehung der actio judicati die erleichterte Stellung der cognitores eingeräumt.

Gaj. IV. 99.
Fr. 2. 22. 23. D. 26. 7.
Fr. 15. D. 2. 11.
F. 5—7. D. 26. 9.
Bethmann-Hollweg, S. 181. 187. 192.
Keller, II. S. 231.

III. Ueber die Theilnahme des Vaters an der Führung eines Rechtsstreites, welcher die in seiner Gewalt befindlichen Kinder betrifft, s. oben S. 62. Nr. 4.

Notarien.

§. 120.

Unter Notarien versteht man jetzt Personen, welche — ohne bei einem Gerichte, oder bei einer andern Behörde angestellt zu seyn, — von der Staatsgewalt zur Aufnahme öffentlicher Urkunden über Rechtsgeschäfte autorisirt sind.

Der Ausdruck „notarius“ kommt schon in den Quellen des Röm. Rechtes vor, aber in einer anderen Bedeutung. In der früheren Zeit waren nämlich die notarii Geschwindschreiber (von „nota“ Abkürzung der Schriftzeichen);

Fr. 40. D. 29. 1.
Quintil. inst. orat. lib. VIII. 2. p. 21. Ed. Bipont.
Plin. epist. III. 5. 15.

unter den spätern Kaisern aber bildeten sie eine ausgezeichnete Classe von Beamten in consistorio principis, an deren Spitze der primicerius notariorum stand.

Cod. Theod. lib. VI. Tit. 10.

Auch die „scribae“ nach älterer, sowie die „exceptores“ nach neuerer Bezeichnung waren nicht Notare in unserem

Sinne, sondern Schreiber, welche öffentlichen Behörden als Hülfsarbeiter beigegeben waren, und zu dem officium irgend eines höheren Staatsbeamten gehörten.

Vgl. z. B. Fr. 18. §. 17. D. 50. 4.
c. 16. C. 5. 75.
Cic. pro Cluent. c. 45.
Nov. 15. c. 3. §. 1.

Die Vorgänger der Notare in unserem Sinne waren vielmehr die „*tabelliones*", welche schon in einer Stelle von Ulpian genannt werden,

Fr. 9. §. 4. D. 48. 19.

mit welchen jedoch die „tabularii", ursprünglich eine Art von Steuerbeamten, nicht verwechselt werden dürfen, obgleich in späteren Gesetzen der Sprachgebrauch nicht constant blieb.

Den Nachrichten zufolge, welche wir von diesen Tabellionen besitzen, bildeten dieselben eine eigene Kaste, welche zwar unter der Aufsicht der Magistrate stand, ohne jedoch zu dem Dienstpersonale derselben zu gehören, und deren Mitglieder ein Gewerbe daraus machten, auf öffentlichem Markte in eigenen, oder gemietheten Buden (stationes genannt) dem Publicum durch Abfassung schriftlicher Aufsätze über rechtliche Geschäfte gegen Lohn zu dienen.

Bethmann-Hollweg, Hdb. I. S. 205 flg.

Justinian hat über ihre Stellung, ihre Verbindlichkeiten und insbesondere über die Form, welche sie bei der Ausstellung ihrer Urkunden beobachten sollten, verschiedene Verordnungen erlassen, von welchen besonders die Nov. 44 hervorzuheben ist, weil sie sich ausschließend mit diesem Gegenstande beschäftiget. — So unläugbar es übrigens ist, daß diese Vorschriften des Röm. Rechtes auf die Entstehung und Ausbildung des modernen

Notariats eingewirkt haben, so können sie doch keineswegs als die einzige, — ja nicht einmal als die ergiebigste Quelle dieses Instituts betrachtet werden. Vielmehr waren es die Normen, nach welchen sich das Notariat seit dem 11ten Jahrhundert in Italien ausgebildet hatte, welche auch auf die Entwicklung desselben in Deutschland nach der Reception des römischen und canonischen Rechtes den umfassendsten Einfluß gewonnen haben.

Die Hauptquelle für das gemeinrechtliche Notariat in Deutschland ist die Notariatsordnung von Kaiser Maximilian I. vom Jahre 1512.

S. Bergmann, C. J. S. 55 flg.

Das eigentliche Geschäftsgebiet der Notare ist nun zwar keineswegs das Gebiet der s. g. streitigen, sondern der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Schon die Römischen tabelliones wurden nur zur Aufnahme von Testamenten, Verträgen u. dgl. beigezogen,

z. B. c. 17. C. 4. 21.
c. 8. C. 6. 22.
c. 22. §. 2. C. 6. 30.
c. 1. C. 11. 53.

und so verhält sich die Sache auch jetzt noch.

Not. Ord. §. 9. 10 u. 11 u. A. und Tit. I.

Indessen können sie doch auch von diesem Standpunkte aus den Parteien im gerichtlichen Streitverfahren zuweilen angemessene Dienste leisten, und hierin liegt der Grund, wegen dessen sie auch unter den Hülfspersonen für processualische Zwecke angeführt werden.

Die Fälle, in welchen die streitenden Theile selbst durch gesetzliche Anordnung auf die Beihülfe eines Notars verwiesen werden, sind namentlich folgende:

a) wenn ein gerichtliches Zeugenverhör abgehalten werden soll, zu welchem Acte auch die Adjunction eines öffentlichen Notars erbeten werden darf;

D. A. von 1600. §. 129. 130.

J. R. A. §. 52.

b) bei der Einlegung (Interposition) der Appellation gegen ein richterliches Urtheil, welche nicht bloß vor dem erkennenden Richter, sondern auch vor einem Notar geschehen kann;

C. G. O. 1555. Thl. II. Tit. 29. §. 5.

Not. Ord. v. 1512. Tit. IV. §. 1.

c) wenn es auf die sichere Insinuation gerichtlicher Ladungen oder Decrete ankommt;

Not. Ordn. Tit. II.

Concept. I. 52. 4.

d) bei der Ertheilung der Vollmacht an Procuratoren, Actoren und Stellvertreter einer Gemeinde.

Not. Ordn. Tit. III.

Außerdem bedient man sich auch der Hülfe eines Notars in solchen Fällen, in welchen der Grund der Klage schon sogleich bei der Anbringung derselben bescheiniget werden soll, wenn dem Kläger zu diesem Zwecke nur Zeugen zu Gebote stehen. In Fällen dieser Art läßt man nämlich die Zeugen durch einen Notar vernehmen, und fügt das hierüber gefertigte Instrument der Klageschrift bei.

Leyser, Med. Vol. IV. spec. 283. nro. 36.

Ueber die Verpflichtungen des Notars bei der Ausübung seines Amtes, sowie über die bei der Ausfertigung der Urkunden zu beobachtenden Formen enthält die Notariatsordnung sehr detaillirte Vorschriften. — Im Wesentlichen ist die Function des Notars die eines Zeugen, weßhalb er auch 1) nicht als Sachverständiger zu

urtheilen, sondern nur Thatsachen zu bekräftigen hat, welche er mit eigenen Sinnen wahrgenommen haben muß (eine ganz eigenthümliche Ausnahme hievon enthält die Notariatsordnung, Tit. I. §. 6; bei Bergmann, S. 57); und 2) auch in eigener Sache nicht gültig handeln kann. Außerdem muß seine Angabe immer auch noch durch zwei besonders zu dem Acte beigezogene Zeugen bestätiget werden. — Von den im §. 3 und 4 der Notariatsordnung erwähnten Formalitäten sind jedoch einige durch die Veränderung der Zeitumstände unanwendbar geworden.

Das Recht, Notarien zu creiren, wurde vor der Auflösung des deutschen Reiches als ein Reservat des Kaisers und des Papstes angesehen. Daher auch die Unterscheidung zwischen notariis caesareis und apostolicis. Die Kaiser pflegten aber die Ausübung dieses Rechts den Hof- und Pfalzgrafen (comites Palatii Lateranensis) zu überlassen.

Claproth, Einl. in den ord. Proc. Thl. I. §. 90.

Eichhorn, D. St. u. R. G. §. 449. not. i.

Seit der Auflösung des deutschen Reiches steht diese Befugniß den Souverainen der einzelnen deutschen Staaten zu. — In einigen der letzteren bestehen — wenigstens in der Hauptsache — noch die Grundsätze des gemeinrechtlichen deutschen Notariats; — in anderen ist dagegen in Folge der am Anfange des gegenwärtigen Jahrhunderts eingetretenen politischen Veränderungen das französische Notariat an dessen Stelle getreten, welches zwar mit dem deutschen aus derselben Quelle entsprungen ist, aber doch in vielen Beziehungen eine andere Gestalt und während der Revolution eine Ausdehnung und Bedeutung erhalten hat, welche dem deutschen Notariat stets fremd war.

Von der neueren Literatur über diesen Gegenstand ist besonders auszuzeichnen

Dr. Ferd. Oesterley, Ausführliche Darstellung des deutschen Notariats. 2 Theile. Hannover 1842 und 1845.

ein Werk, welches sowohl die Geschichte, als das System des geltenden Rechts umfaßt, und durch Vollständigkeit, Gründlichkeit, Zweckmäßigkeit der Anordnung und Klarheit der Darstellung alle früheren Bearbeitungen dieser Lehre übertrifft.

Von der sogenannten Legitimation zum Processe.

§. 121.

Unter der Legitimation zum Processe versteht man den Beweis, den Der, welcher in fremdem Namen vor Gericht auftritt oder handelt, darüber liefert, daß er hiezu ermächtiget sey. Dieser Beweis liegt nicht bloß den eigentlichen Stellvertretern einer Partei, also den Procuratoren, Tutoren und Curatoren, sondern auch den Advocaten ob, weil ohne Zweifel Niemand schuldig wäre, die Fürsprache eines Anderen auch wider seinen Willen gelten zu lassen. Gleichwohl ist hinsichtlich der Advocaten zuweilen das Gegentheil behauptet worden, weil der Advocat, — wenn er bloß in dieser Eigenschaft handelt, und nicht zugleich auch als Procurator seines Clienten auftritt, nur in Beiseyn des Clienten, oder des Stellvertreters desselben vor Gericht das Wort führen kann; schriftliche Vorträge aber von seinem Clienten oder dessen Procurator unterzeichnen lassen muß; die eigenhändige Unterschrift aber, sowie die persönliche

Anwesenheit bei einem mündlichen Vortrage, — ohne Einsprache dagegen, — immer schon eine stillschweigende Genehmigung enthalten. Allein daraus, daß der Advocat als solcher in der Regel schon stillschweigend legitimirt ist, folgt nur, daß er sich nicht noch einmal durch die Production einer ausdrücklichen Vollmacht zu legitimiren braucht, keineswegs aber, daß ihm die Legitimation gar nicht obliegt. Sie besteht vielmehr bei ihm darin, daß er entweder seinen Clienten mit zu Gericht bringt, oder dessen Unterschrift in seinen schriftlichen Eingaben vorzeigt.

Uebrigens muß allerdings zugegeben werden, daß, wenn ein recipirter Advocat auch nur in der Eigenschaft als Procurator bevollmächtiget, und neben ihm kein Advocat für die betreffende Streitsache ernannt worden ist, er selbst das Wort für seinen Principal führen darf, ohne sich hiezu besonders legitimiren zu müssen. Denn als Procurator hat er auch die Befugniß, einen Wortführer aufzustellen, und dazu kann er, wenn er selbst Advocat ist, auch sich selbst bestimmen.

Was bisher von der Nothwendigkeit der Legitimation zum Processe gesagt wurde, ist jedoch nur für den Fall zu verstehen, wenn Jemand für eine Partei vor Gericht auftreten oder handeln will. Geschieht der Beistand, welchen er ihr leistet, nur außergerichtlich, so fällt begreiflich die Nothwendigkeit dieser Legitimation hinweg. Aus diesem Grunde kommt dieselbe bei einem Notar nicht vor, es müßte denn seyn, daß er Namens einer Partei vor Gericht zu erscheinen hätte, z. B. zur Controle eines gerichtlichen Zeugenverhörs.

Der Zweck des Legitimationsbeweises besteht im Allgemeinen immer darin, den Richter und den Gegner davon zu überzeugen, daß man wirklich ermächtiget

sey, für Denjenigen zu handeln, in dessen Namen man auftritt. — Die einzelnen Thatsachen aber, welche bewiesen werden müssen, um diese Ueberzeugung hervorzubringen, sind verschieden, je nachdem man durch den Willen der Partei selbst, oder kraft gesetzlicher Anordnung dazu berufen ist, für sie zu handeln.

In dem ersten Falle kommt es darauf an, ob der Auftrag ausdrücklich, oder nur stillschweigend ertheilt worden ist. Dort bildet die Thatsache der Auftragertheilung selbst den unmittelbaren Gegenstand des zu führenden Beweises; hier müssen die einzelnen Handlungen und Umstände bewiesen werden, welche zu der Schlußfolgerung berechtigen, daß die Partei den Beweisführer in ihrem Namen handeln lassen wolle.

Die in Folge eines Amtes durch gesetzliche Vorschrift berufenen Stellvertreter (Tutoren, Curatoren) haben aber nöthigenfalls zu beweisen, daß ihnen wirklich das Amt übertragen wurde, mit welchem das Recht und die Pflicht der gerichtlichen Vertretung oder Beistandleistung für die in Frage stehenden Personen verbunden ist.

Die Mittel zur Herstellung des erforderlichen Beweises sind die gewöhnlichen. Durch Urkunden, insbesondere durch öffentliche, wird allerdings der Zweck am schnellsten und sichersten erreicht, weßhalb auch in Particulargesetzen nicht selten nur Urkunden zum Beweise dieser Legitimation zugelassen werden. Allein nach gemeinem Rechte sind auch andere Beweismittel nicht ausgeschlossen. Nur die Eideszuschiebung hat in diesem Gebiete in der Regel den gewünschten Erfolg nicht.

Gensler, Commentar über Martins Lehrb. (Ausg. von Morstadt). Bd. I. S. 126 flg.

Gewöhnliche Procuratoren legitimiren sich daher in der Regel durch die Production der ihnen ertheilten Vollmachtsurkunde, oder, wenn der Principal diese Urkunde schon früher selbst dem Gerichte insinuirt, oder die Ertheilung der Vollmacht durch mündliche Erklärung zu Protokoll vollzogen haben sollte, durch Bezugnahme auf diese Actenstücke. — Syndici legitimiren sich durch die Vorlage des s. g. Syndicats (siehe oben §. 112), oder, wenn sie für die zu vertretende universitas ein für allemal in dieser Eigenschaft angestellt sind, durch die Production ihres Anstellungsdecretes. — Tutoren und Curatoren legen zum Behufe ihrer Legitimation ihr Tutorium oder Curatorium vor; und Actoren haben nicht nur die ihnen selbst ausgestellte Vollmachtsurkunde zu produciren, sondern auch nachzuweisen, daß der Aussteller derselben Tutor oder Curator der zu vertretenden Partei ist.

Fortsetzung.

§. 122.

Von Jedem, der, ohne eine Vollmacht vorzuzeigen, im Namen einer Partei, sey es nun im Namen des Klägers oder des Beklagten, vor Gericht erscheint, kann und soll das Gericht nicht bloß auf Antrag der Gegenpartei (— exceptio defic. legitimationis ad processum), sondern auch von Amtswegen — schon bei seinem ersten Auftreten verlangen, daß er sich vor Allem über die Befugniß zur Stellvertretung ausweise.

c. 24. C. 2. 13.

„in principio quaestionis“.

Denn weder dem Gegner, noch dem Gerichte kann zugemuthet werden, sich mit zeitraubenden und kostspieligen Verhandlungen zu befassen, ohne sicher zu seyn, daß sie auch förmlichen Bestand haben, und in der Sache selbst eine Wirkung hervorbringen werden. Die Wirksamkeit der Proceßhandlungen eines unberufenen Stellvertreters würde aber (abgesehen von hinreichenden Cautionsleistungen des Letzteren) immer von der ungewissen Ratihabition der vertretenen Partei abhängen.

c. 1. C. 7. 56.
c. 24. C. 2. 13.
Fr. 12. §. 4. D. 46. 3.
c. 4. in fin. X. 1. 38.

Wird dem Auftrage, sich gehörig zum Processe zu legitimiren, binnen der von dem Gerichte hiezu anberaumten Frist nicht entsprochen, so soll der säumige Stellvertreter zu weiteren Verhandlungen in der Hauptsache gar nicht mehr zugelassen werden.

C. G. O. Thl. I. Tit. 21. §. 1.

„er soll still schweigen und sich ferner der Sachen „nicht unterwinden".

Wenn sich daher der Beklagte dem nicht legitimirten Vertreter des Klägers gegenüber, auch wirklich nebst der Einrede der fehlenden Legitimation eventuell auf die Klage selbst eingelassen hat, so ist er doch, so lange der Legitimationspunkt nicht berichtiget ist, nicht schuldig, auf fernere Anträge des gegentheiligen Stellvertreters (z. B. auf dessen etwaige Replikserinnerung) einzugehen.

Sollte aber ein nicht legitimirter Vertreter aus Versehen doch zugelassen und die Hauptsache mit ihm ganz oder theilweise verhandelt worden seyn, so bleibt zur Aufrechthaltung des Geschehenen nichts anderes übrig, als den Stellvertreter zur Beibringung einer Ratihabitions-

erklärung von Seite seines Principalen aufzufordern. Wird diese beigebracht, so erhalten dadurch die bisherigen Verhandlungen dieselbe Kraft, als wenn ihnen eine Vollmachtsertheilung vorausgegangen wäre.

c. 1. C. 7. 56.

Fr. 56. D. 5. 1.

Fr. 12. §. 4. D. 46. 3.

Fr. 5. D. 46. 8.

Wird aber die Ratihabition verweigert, so sind sie jedenfalls wirkungslos der vertretenen Partei gegenüber,

c. 1. C. 7. 56.

haben aber auch nicht einmal einen rechtlichen Erfolg in Beziehung auf den falsus procurator, insofern nicht etwa für diesen aus geleisteten Cautionen eine Verbindlichkeit entspringt.

c. 24. C. 2. 13.

Der Auftrag zur Beibringung der Ratihabition kann übrigens zu jeder Zeit im Verfahren von dem Gerichte von Amtswegen erlassen, und eben daher auch von dem Gegner des nichtlegitimirten Stellvertreters durch ein eigenes Anrufen veranlaßt werden.

c. 4. X. 1. 38.

Ob die Ratihabition auch noch nach erfolgtem Definitivurtheile über die Hauptsache unbedingt zulässig sey, ist zwar bestritten. Die richtige Meinung hierüber ist aber gewiß die bejahende.

c. 4. X. cit.

Glück, Comment. Bd. V. S. 280.

Wenn der Stellvertreter bei seinem Auftreten zwar eine Vollmachtsurkunde vorlegt, diese Urkunde aber durch Inhalt oder Form zu gerechten Bedenken Anlaß gibt, so muß hierüber ein summarisches Zwischenverfahren eingeleitet, und über die Erheblichkeit der gemachten Ein-

wendungen richterlich entschieden werden. Betreffen diese Einwendungen bloß den Mangel solcher Clauseln, welche zwar gesetzlich vorgeschrieben sind, jedoch nicht in dem wesentlichen Begriffe des Bevollmächtigungscontractes liegen (z. B. die claus. hered. oder substitut.), so kann zwar auf nachträgliche Ergänzung angetragen werden, der Fortgang der Hauptsache wird aber dadurch nicht gehemmt. Fehlt aber etwas an den Essentialien der Vollmacht, so ist die Sache eben so zu behandeln als wenn keine Legitimation stattgefunden hätte.

Glück, Comm. Bd. V. §. 404.

Fortsetzung.

Von den sogenannten präsumtiven Anwälten und Defensoren.

§. 123.

Von der im vorigen §. aufgestellten Regel, daß Niemand ohne gehörige Legitimation zur Stellvertretung zugelassen werden soll, ist nach Röm. Rechte in gewissen Fällen dann eine Ausnahme zu machen, wenn sich der Stellvertreter bereit erklärt, dem Gegner die Sicherheit, welche ihm die Nachweisung der Vollmacht gewähren würde, durch bestimmte Cautionsleistungen definitiv oder provisorisch zu ersetzen.

Dabei ist zu unterscheiden zwischen Stellvertretern des Klägers und des Beklagten.

Die Vertheidigung des Beklagten kann nach Röm. Rechte jedermann, der überhaupt fähig ist, als Stellvertreter vor Gericht aufzutreten, auch ohne Vollmacht übernehmen, selbst dann, wenn er in keiner verwandtschaft-

lichen Beziehung zu ihm steht, quia publice interest, wie Ulpian bemerkt, absentes a quibuscunque defendi.

Fr. 33. §. 2. D. 3. 3.
c. 12. C. 2. 13.

Nur muß ein solcher defensor (denn dieser Ausdruck wird insbesondere für den Stellvertreter des Beklagten ohne Vollmacht gebraucht — Fr. 51. §. 1. D. 3. 3. — c. un. in f. C. 2. 57.) dem Kläger in jedem Falle die cautio judicatum solvi leisten, um diesen gegen die Gefahr einer vergeblichen Proceßführung sicher zu stellen;

Fr. 46. §. 2. Fr. 51. §. 2. Fr. 52 u. 53. D. 3. 3.
c. un. in f. C. 2. 57.

und wenn die erhobene Klage eine in rem actio ist, so muß er außer der cautio jud. solvi auch noch die cautio de rato stellen, weil der Kläger durch die erste allein noch nicht vollkommen gesichert wäre.

Fr. 40. §. 2. D. 3. 3.
S. oben S. 107 flg.

Für den Kläger wird aber nach Röm. Rechte ein Stellvertreter nur dann auch ohne Vollmacht zugelassen, wenn er zu dem Kläger in einem näheren persönlichen Verhältnisse steht, vermöge dessen sich vermuthen läßt, daß ihm der Letztere, wenn er zugegen wäre, Vertrauen schenken würde. Da die Zulassung hier auf einer Vermuthung beruht, so spricht man in Fällen dieser Art von einem mandatum praesumtum (nicht zu verwechseln mit mandatum tacitum), und nennt dergleichen Stellvertreter des Klägers vorzugsweise „präsumtive" Anwälte im Gegensatze zu den Defensoren des Beklagten.

Eine Vermuthung dieser Art nimmt aber das Röm. Recht an

a) bei Ascendenten und Descendenten, wenn sie für einander auftreten, und zwar ohne Unterschied des Grades, — und ohne Rücksicht auf das Verhältniß der väterlichen Gewalt;

Fr. 35. pr. D. 3. 3.

Fr. 3. §. 3. D. 46. 7.

c. 12. C. 2. 13.

Vgl. Fr. 51 u. 220. D. 50. 16.

b) bei Geschwistern;

Fr. 35. pr. D. cit.

c) bei verschwägerten Personen, sowohl in gerader Linie, als in der Seitenlinie; in der letzteren jedoch nur bis zum zweiten Grade, — obgleich im Fr. 35. adfines überhaupt genannt werden, weil selbst bei Verwandten über den Grad der Geschwister hinaus kein mandatum praesumtum angenommen wird.

Glück, Comm. V. S. 230. Nr. 2.

Sowohl bei verwandten, als bei verschwägerten Personen wird jedoch auf Seite Dessen, der als Stellvertreter zugelassen werden will, vorausgesetzt, daß er die allgemeine persönliche Fähigkeit zur gerichtlichen Stellvertretung besitzt, weßhalb auch nur Männer zugelassen werden. Nur im Nothfalle und causa cognita kann auch die Tochter für ihre Eltern,

Fr. 41. D. 3. 3.

und in einem singulären Falle aus Rücksichten der pietas die Mutter für den Sohn auftreten.

Fr. 1. §. 1. D. 49. 5.

Auch nimmt die Praxis ein mandatum praesumtum nur unter rechtmäßigen, natürlichen Verwandten, und bei Schwägern nur dann an, wenn die Affinität

durch eine rechtmäßige Ehe entstanden ist, und noch fortdauert.

Glück, Comm. V. S. 227 u. 230.

d) Bei dem Ehemann, wenn er für seine Frau auftritt,

c. 21. C. 2 13.

Fr. 3. §. 3. D. 46. 7.

vorausgesetzt, daß die Klage nicht einen Gegenstand der dos betrifft, in welchem Falle er keiner Vollmacht bedarf, weil ohnehin nur er, als Eigenthümer der dos, zur Klagestellung berechtigt ist.

c. 11 u. 23. C. 5. 12.

c. 9. C. 3. 32.

Vgl. noch: Fr. 1. §. 3. und §. 9. D. 47. 10.

e) Bei Streitgenossen nach erfolgter Litiscontestation.

c. 2. C. 3. 40.

S. oben S. 128 u. 129.

Glück, Comm. V. S. 235 flg.

Außer den bisher angeführten Personen und den in Fr. 35. pr. D. 3. 3. auch noch genannten libertis soll nach Röm. Rechte Niemand ohne Vollmacht als Stellvertreter für den Kläger zugelassen werden.

Vgl. jedoch in Beziehung auf das ältere Röm. Recht Gaj. IV. 84.

Der Grund, warum die präsumtive Stellvertretung auf Seite des Klägers nicht eben so weit ausgedehnt wurde, als auf Seite des Beklagten, lag wohl darin, weil es (von der Klagenverjährung abgesehen) mit der Anstellung der Klage in der Regel keine Eile hat, während der Beklagte den Zeitpunkt seiner Vertheidigung nicht selbst wählen kann; folglich bei dem Letzteren ein stärkerer Billigkeitsgrund für die Zulassung auch unbe-

vollmächtigter Stellvertreter vorhanden ist, als bei dem Kläger.

Vgl. Bethmann-Hollweg, Vers. S. 218.

Uebrigens ist selbst die Zulassung der so eben genannten Personen noch durch mancherlei andere Bedingungen beschränkt. — Wenn nämlich

1) das thatsächliche Verhältniß, auf welchem die Vermuthung beruht, in dem einzelnen gegebenen Falle widersprochen oder bezweifelt wird, so muß dasselbe vorerst bewiesen werden.

2) Wenn auch in dieser Hinsicht kein Zweifel besteht, so kann doch der Beklagte von einem solchen Vertreter des Klägers die Leistung der cautio de rato verlangen, weil es ungeachtet der für die Genehmigung sprechenden Vermuthung doch möglich bleibt, daß der zur Klage Berechtigte die Ratihabition verweigert, und weil in diesem Falle der Streit gegen den Stellvertreter erfolglos seyn würde.

c. 1. C. 2. 13.

Vgl. oben S. 104 flg.

Nur der Ehemann ist von dieser Cautionsleistung befreit, wenn ihm die Frau die Schuldurkunden über ihre Paraphernalcapitalien behändiget hat, und über diese ein Streit entsteht.

c. ult. C. 5. 14.

In diesem Falle scheint es aber überhaupt richtiger zu seyn, ein stillschweigendes und nicht ein bloß präsumtives Mandat anzunehmen.

3) Wenn es gewiß ist, daß sich eine Partei durch Denjenigen nicht vertreten lassen will, der als präsumtiver Anwalt für sie aufgetreten ist, so wird dieser gar nicht zugelassen, obgleich er bereit wäre, die Caution zu leisten.

Fr. 40. §. 4. D. 3. 3.

4) Ob ein präsumtiver Anwalt auch für einen Solchen zugelassen werden dürfe, welcher z. B. wegen Unmündigkeit, Wahnsinn u. dgl. nicht fähig wäre, selbst oder allein einen Procurator zu bestellen, ist zwar bestritten; und die verneinende Meinung wird vorzüglich durch den Grund unterstützt, weil der Anwalt wegen der Genehmigung Caution stellen soll, eine solche Genehmigung aber die Fähigkeit, einen Procurator zu bestellen, wesentlich voraussetzt.

Linde, Lehrb. 7te Aufl. S. 180. not. 6.

Glück, Comm. V. S. 239.

Wenn jedoch der persönlich unfähige Principal mit einem Vormunde oder Curator versehen ist, so kann doch dieser die Genehmigung ertheilen (er hätte ja auch einen actor bestellen können), und das persönliche Verhältniß des Anwaltes zu dem Principal begründet die Vermuthung, daß die Genehmigung von Seite des Vormundes erfolgen werde, nicht minder, als daß sie der Principal selbst ertheilen würde, wenn er selbständig wäre. Das hiegegen angeführte Fr. 40. §. 4. D. 3. 3. steht nicht damit im Widerspruch.

Gensler, Comm. zu Martin. I. S. 133.

Endlich

5) reicht ein präsumtives Mandat nur zu solchen Handlungen hin, welche keine Specialvollmacht voraussetzen.

Fr. 27. pr. D. 4. 4.

Fortsetzung.

§. 124.

Ueber die Frage, ob die im vorigen §. entwickelten Grundsätze auch jetzt noch eine praktische Bedeutung haben,

sind die Ansichten getheilt, indem Einige das ganze Institut der Stellvertretung ohne Vollmacht sowohl in Beziehung auf den Kläger, als auf den Beklagten für unanwendbar erklären;

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 241 unt. u. 242 ob.

Andere aber wenigstens von der ausgedehnten Zulassung der Defensoren nach Röm. Rechte behaupten, daß sie dem deutschen Rechte fremd geblieben sey, und daher nur noch Verwandte, Schwäger u. s. w. für den Beklagten wie für den Kläger ohne Vollmacht zulassen wollen, wenn sie die erforderlichen Cautionen leisten.

Heffter, Syst. S. 218. §. 183.

Allein die Grundsätze des Röm. Rechts über die präsumtive Anwaltschaft für den Kläger sind nicht nur fortwährend in der Doctrin festgehalten, sondern auch in der Praxis beobachtet, und selbst in vielen deutschen Particulargesetzen ausdrücklich bestätigt worden. —

Was aber die Defensio des Beklagten betrifft, so hat zwar das allgemeine Princip, welches diesem Institute nach Röm. Rechte zu Grunde liegt, im deutschen Gerichtswesen nicht so allgemein und entschieden Eingang gefunden, wie die präsumtive Vertretung des Klägers. Indessen fehlt es doch auch hier nicht an praktischen Autoritäten, welche das Institut im Sinne des Röm. Rechtes noch festhalten.

Die inneren Gründe, welche dagegen angeführt worden sind, scheinen schon deßhalb kein entscheidendes Gewicht zu haben, weil sie größtentheils auch schon auf die neuesten Röm. Rechtszustände unter Justinian anwendbar gewesen wären, aber gleichwohl keine Veränderung in den hergebrachten Grundsätzen bewirkten.

S. oben S. 108.

Von der Rechtsverfolgung selbst.

§. 125.

Nachdem bisher von dem Gegenstande des Civilprocesses, sowie von den verschiedenen Haupt- und Nebenpersonen gehandelt worden ist, welche bei der Führung eines Rechtsstreites thätig seyn müssen, oder können, sollte nunmehr die Form des Verfahrens selbst dargestellt, d. h. es sollte angegeben werden, *welche* Handlungen von Seite der Parteien sowohl, als des Gerichts in dem Processe vorkommen können, und zugleich *in welcher Ordnung* diese Handlungen auf einander folgen. Da jedoch bei einer solchen chronologischen Darstellung des Verlaufes eines Rechtsstreites von der Klage angefangen bis zur Vollendung der Execution immer nur *eine einzelne* Handlung zur Erörterung gebracht werden könnte, gewisse Grundsätze und Regeln aber *für ganze Gattungen* von Proceßhandlungen gelten; da ferner die Ordnung und Reihenfolge nicht immer dieselbe ist, indem anders im ordentlichen, anders im summarischen Processe verfahren wird, so ist es nothwendig, einen allgemeinen Theil vorauszuschicken, in welchen außer der Angabe der verschiedenen Verfahrungsarten vorzugsweise folgende Lehren aufgenommen zu werden verdienen:

I. Die Bestimmung der verschiedenen *Gattungen* von Parteihandlungen und Gerichtshandlungen, vorläufig ohne alle Rücksicht darauf, in welcher Ordnung sie im Processe wirklich auf einander folgen, — jedoch verbunden mit der Angabe und Erläuterung der allgemeinen Grundsätze, welche hinsichtlich einer jeden dieser Gattungen gelten.

II. Die Lehre von den Zeitbestimmungen im Processe, und endlich

III. von dem Ungehorsame und dessen Folgen.

Von den verschiedenen Arten des gerichtlichen Verfahrens.

§. 126.

Man unterscheidet im Allgemeinen zweierlei Arten des gerichtlichen Verfahrens, den ordentlichen und den summarischen Proceß. Jener verhält sich zu diesem, wie die Regel zur Ausnahme. Gesetze und Gerichtsgebrauch haben nämlich gewisse Normen festgesetzt, welche bei der Verhandlung eines jeden Rechtsstreites beobachtet werden sollen, insofern nicht aus besonderen Gründen eine Abweichung davon gestattet ist. Das Verfahren nun, welches wirklich nach diesen Normen eingerichtet wird, heißt das ordentliche; — ein von diesen Normen abweichendes aber heißt außerordentlich, und eine Unterart des außerordentlichen Verfahrens ist insbesondere das summarische. Die Gründe, aus welchen eine solche Abweichung erlaubt oder sogar geboten ist, werden später in der Theorie der summarischen Processe selbst angegeben, und ebenso wird auch dort der abweichende Gang des summarischen Processes überhaupt, und der einzelnen Arten desselben bezeichnet werden. Hier mag es genügen, im Allgemeinen zu bemerken, daß es bei dem summarischen Verfahren hauptsächlich auf Beschleunigung und Abkürzung der Instruction abgesehen ist. Die Wahl der Proceßart hängt übrigens nicht unbedingt von der Willkür der streitenden Theile ab, sondern es kommt zunächst darauf an, ob die Proceßart, zu welcher sich eine Streitsache in concreto

eignet, und von welcher die Parteien abgehen wollen, aus Rücksicht auf das öffentliche Wohl, oder nur zur Begünstigung einer Partei eingeführt ist. In dem ersten Falle ist eine willkürliche Abweichung schlechthin ausgeschlossen, selbst dann, wenn beide Theile damit verstanden seyn sollten.

In dem zweiten Falle aber ist zu unterscheiden, ob die Proceßart, von welcher abgewichen werden soll, beiden streitenden Theilen zum Vortheil gereicht, oder nur einem allein. Nützt sie nur einem, z. B. nur dem Kläger, so kann dieser allein, ohne Einwilligung des Gegners ein ihm minder vortheilhaftes Verfahren, z. B. anstatt des Executivprocesses den ordentlichen wählen. Haben aber beide ein Interesse dabei, so kann auch nur mit gegenseitiger Einwilligung eine Abweichung stattfinden, und auch in diesem Falle wird noch vorausgesetzt, daß zur Begründung der Proceßart, welche sie vorziehen wollen, die besonderen Erfordernisse vorhanden seyen.

Aus diesen Gründen kann z. B. nur mit Einwilligung beider Theile eine Sache unbestimmt summarisch verhandelt werden, welche an sich zum ordentlichen Verfahren geeignet wäre, und umgekehrt. — Haben die Parteien in Ansehung der Proceßart gar keinen bestimmten Antrag gestellt, so wird immer der ordentliche Proceß eingeleitet, selbst dann, wenn die Sache zu einer summarischen Verhandlung geeignet erschiene. Nur in solchen Fällen ist auch hier eine Ausnahme zu machen, wo die Rücksicht auf das öffentliche Wohl ein summarisches Verfahren erheischt.

Von den verschiedenen Gattungen von Parteihandlungen.

§. 127.

Alle Parteihandlungen, welche in einem Civilprocesse vorkommen können, theilt man gewöhnlich in zwei Hauptclassen, nämlich in Angriffs- und Vertheidigungs-Handlungen. Wenn man aber auch wirklich diese Worte in der weitesten Bedeutung nimmt, so läßt sich doch nicht läugnen, daß manche Parteihandlung vorkommt, welche weder jener, noch dieser Classe beigezählt werden kann. In einer ganz erschöpfenden Darstellung müßte daher auch noch eine dritte Gattung hinzugefügt werden.

Vgl. Morstadt, Mater. Krit. S. 188.

Ihrer vorzüglichen Wichtigkeit halber mag man aber immerhin jene zwei Classen besonders hervorheben.

Die wesentlichen Bestandtheile einer jeden wahren Angriffshandlung sind nun aber folgende:

1) ein Rechtsgrund;
2) ein historisches Fundament;
3) ein bestimmtes Gesuch.

Wer nämlich einen Andern gerichtlich angreifen will, muß sich auf ein Gesetz, oder überhaupt auf einen gültigen Rechtssatz berufen können, kraft dessen Jemand unter gewissen factischen Voraussetzungen zu einer Leistung oder Unterlassung verpflichtet ist (Rechtsgrund des Angriffes); er muß ferner anführen, daß jene factischen Voraussetzungen in concreto wirklich zutreffen (historisches Fundament des Angriffes), und endlich muß er aus diesen Prämissen den Schluß ableiten, daß sein Gegner zu der ihm rechtlich obliegenden Leistung oder Unterlassung angehalten werden soll (Gesuch, petitum).

Am auffallendsten treten diese drei Momente bei dem ersten Hauptangriffe, nämlich der Klage hervor; allein deßwegen ist doch keineswegs die Klage die einzige Angriffshandlung im Processe, sondern jeder Vortrag, welcher sich in jene drei Bestandtheile auflösen läßt, ist als ein angreifender zu betrachten, sey es auch, daß er erst im Laufe des Processes vorkommt.

Was die Vertheidigungshandlungen betrifft, so sind diese von dreifacher Art. Der Angegriffene kann sich nämlich entweder

1) damit zu schützen suchen, daß er zeigt, es mangle dem Angriffe an einem passenden Rechtsgrunde; oder er kann
2) zwar das Bestehen des Rechtsgrundes in abstracto zugeben, aber widersprechen, daß in concreto die factischen Verhältnisse vorhanden seyen, deren Daseyn der Angreifende bei der Ausführung des historischen Fundamentes behauptet hat, und von deren Existenz die Anwendbarkeit des Rechtsgrundes abhängt; oder endlich
3) er kann neue factische Behauptungen aufstellen, welche das Recht des Klägers auf jeden Fall als unwirksam oder als aufgehoben darstellen.

Die Vertheidigung der ersten Art könnte man rechtliche Gegendeduction nennen; die der zweiten Art heißt negative Antwort oder Einlassung, die der dritten endlich Einrede (exceptio).

Auch diese drei Vertheidigungsformen können nicht etwa nur einmal im Processe vorkommen, nämlich dem ersten Hauptangriffe, der Klage gegenüber, sondern auch öfter, und zwar so oft, als ein neuer Angriff geschieht. Die Vertheidigung durch Einreden hat übrigens große Aehnlichkeit mit einer Angriffshandlung, indem sich jede

Einrede in die drei oben angeführten Bestandtheile eines Angriffes auflösen läßt. Schon im Röm. Rechte findet sich daher der Satz: reus excipiendo fit actor, und die neueren Proceßlehrer bezeichnen auch die Einreden durch den Ausdruck „Gegenangriffshandlungen"; allein wenn auch diese Uebereinstimmung in Ansehung der Bestandtheile, der Beweislast, und der dagegen zulässigen weiteren Vertheidigung nicht geläugnet werden kann, so besteht doch immer zwischen einem eigentlichen Angriffe und einer Einrede ein wesentlicher Unterschied in Ansehung des Zweckes, indem durch jenen eine Verurtheilung, durch diese bloß eine Abweisung des Gegners bewirkt werden soll.

Nach dieser allgemeinen Classification der Parteihandlungen folgt nun in den meisten Lehrbüchern eine vollständige Theorie der Klagen und Einreden, was sich auch allerdings insofern rechtfertigen läßt, als die Klage gewissermaßen die Grundform aller Angriffe im Processe ist, die Einrede aber ebenfalls wenigstens eine ganze Gattung von Vertheidigungshandlungen repräsentirt, folglich die Grundsätze über Klagen und Einreden zu den allgemeinen gehören. Da jedoch die meisten Theile der Lehre von den Klagen und Einreden in den Vorträgen über Civilrecht erörtert werden, z. B. die Theorie der Verjährung der Klagen, der Concurrenz derselben u. dgl., diejenigen Bestimmungen aber, welche in processualischer Hinsicht besonders wichtig erscheinen, z. B. über die Einrichtung des historischen Klagevortrages, des Gesuches u. dgl., des Zusammenhanges wegen doch im speciellen Theile nicht mit Stillschweigen übergangen werden können, so scheint es, um Wiederholungen zu vermeiden, zweckmäßiger zu seyn, die Erläuterung der zuletzt erwähnten Bestimmungen ganz für den besonderen

Theil zu versparen. Ein Mißverständniß hinsichtlich des Umfanges der Anwendbarkeit dieser Bestimmungen kann durch diese Stellung nicht veranlaßt werden, wenn man nur weiß, was auch bereits bemerkt worden ist, — daß Dasjenige, was von den Klagen und Einreden gilt, auf alle Angriffe und Gegenangriffe Anwendung findet. Dagegen dürften einige Bemerkungen über die innere Form, die Zahl und die rechtlichen Wirkungen der Parteivorträge schon hier im allgemeinen Theile schicklich ihren Platz finden.

Von der innern Form der Parteivorträge.

§. 128.

Die innere Form der Parteivorträge ist verschieden, je nachdem der Vortrag einen Angriff oder Gegenangriff, oder nur eine Einlassung enthält. In den zwei ersten Fällen beruht die innere Form auf einem Syllogismus, in welchem der Rechtsgrund den Obersatz, der historische Grund den Untersatz und das Gesuch die Schlußfolge bildet. Indessen ist es hinreichend, wenn diese Form auch nur versteckt zu Grunde liegt. An die logische Folge der Sätze ist man bei der Anordnung des Materials nicht nur nicht gebunden, sondern es wird vielmehr immer die Geschichtserzählung (der historische Grund) an die Spitze gestellt, und der Rechtsgrund, wenn er anders aus den Vorschriften des gemeinen Rechtes fließt und unbestritten ist, gewöhnlich gar nicht ausdrücklich angeführt, weil ihn der Richter ohnehin kennen und ergänzen muß. Dagegen die bloßen Einlassungen oder Beantwortungen bestehen bloß in einer deutlichen, bestimmten, und, insofern die Antwort verneinend ist, auch speciellen Erklärung über die

Wahrheit oder Unwahrheit der factischen Behauptungen, welche dem Angriffe zu Grunde liegen, wider den man sich zu vertheidigen hat.

Zahl der Parteivorträge.

§. 129.

Da es ein wesentlicher Grundsatz des gerichtlichen Verfahrens ist, daß über jeden angreifenden Vortrag vor allem der Angegriffene gehört werden muß, so folgt von selbst, daß in einem vollständig instruirten Processe wenigstens noch einmal so viele Vorträge enthalten seyn müssen, als in demselben selbständige Angriffe und Gegenangriffe vorgekommen sind. Aus weniger als zwei Vorträgen kann demnach ein gültiges Verfahren nie bestehen, und wenn bei einigen summarischen Processen, z. B. bei dem unbedingten Mandatsprocesse, das Gegentheil einzutreffen scheint, so ist dieses wirklich nur eine scheinbare Ausnahme. Auch die Abweisung eines offenbar unstatthaften Antrages ist eigentlich keine Abweichung von jener Regel. Daß der Beklagte jedesmal das letzte Wort haben müsse, ergibt sich aus dem Gesagten von selbst. Nur darf man hiebei nicht immer an den Beklagten in der Hauptsache denken, sondern an Denjenigen, der zuletzt angegriffen wurde, welcher allerdings auch der Kläger in der Hauptsache seyn kann.

Um übrigens die Vollständigkeit einer Proceßinstruction in concreto nach dem angegebenen Grundsatze zu prüfen, muß man nicht etwa die Schriften, sondern die einzelnen selbständigen Vorträge zählen, deren oft mehrere in einer Schrift enthalten sind. Auch sind bei einer

solchen Prüfung die Contumacialfälle nicht außer Acht zu lassen.

Ueber den Actenschluß s. Martin §. 102 a. E. — v. Gönner, Erört. zu Danz, St. XXIII.

Wirkung der Parteihandlungen.

§. 130.

Die Wirkung einer Parteihandlung beschränkt sich in der Regel nur auf den einzelnen Proceß, in welchem sie vorgenommen wurde. — Steht diejenige Partei, welche in einem frühern Rechtsstreite die befragliche Handlung vorgenommen hatte, jetzt einem andern Gegner gegenüber, so folgt jene Beschränkung schon daraus, daß für diesen neuen Gegner der vorige Proceß als eine res inter alios acta erscheint, welche ihm weder nützen, noch schaden kann.

C. lib. 7. tit. 60.

Aber auch dann, wenn sich in dem neuen Processe dieselben Parteien einander gegenüber stehen, und wenn ein Punkt dabei zur Sprache kommt, über welchen schon früher verhandelt worden ist, kann in der Regel die Wirkung der früheren Handlung nicht herüber bezogen werden, weil, wenn die Handlung schädlich war, sie selbst, — wenn sie aber dem Handelnden nützlich war, die Unterlassung einer vielleicht möglichen wirksameren Vertheidigung von Seite des Gegners als eine Art von Verzicht erscheint, wobei eine ausdehnende Auslegung bekanntlich nicht stattfindet.

Diese Abgeschlossenheit der Wirkungen einer Parteihandlung hat eine vortheilhafte und auch eine nachtheilige Seite; — eine vortheilhafte insofern, als Dasjenige, was

eine Partei in einem Processe zu ihrem Schaden vorgenommen oder unterlassen hat, in einem neuen Processe nicht, wenigstens nicht mit gleicher Wirksamkeit gegen sie benützt werden kann; — eine nachtheilige, insofern sie Dasjenige, was ihr in einem Processe günstig war, in einem andern selbst nicht mehr mit gleichem rechtlichen Erfolge benützen kann.

Vgl. Fr. 7. §. 7. D. 6. 2.
Fr. 9. §. 7. D. 12. 2.
Fr. 22. D. 11. 1.
c. 6. X. 2. 22. „Nec attestationes."
Weber, über Beweisführung, S. 38 flg.

Indessen gibt es doch Ausnahmen von der aufgestellten Regel. Wenn nämlich:

1) gegen Jemand in einer Streitsache Zeugen producirt werden, welche er selbst in einem andern Processe für sich producirt hatte, so darf er gegen die Glaubwürdigkeit derselben nichts einwenden, ausgenommen er könnte beweisen, daß die Verdachtsgründe erst später eingetreten seyen.

c. 17. C. 4. 20.

2) Was vor einem Schiedsrichter eingestanden, oder bewiesen worden ist, müssen die Parteien auch nachher vor dem ordentlichen Richter gelten lassen.

c. 5. §. 2. C. 2. 56.

Von den verschiedenen Gattungen von Gerichtshandlungen.

§. 131.

Die Thätigkeit des Gerichtes bei der Instruction und Entscheidung eines Rechtsstreites (also abgesehen von reinen Acten der wirklichen Hülfsvollstreckung) kann sich überhaupt in einer vierfachen Form äußern. Sie besteht nämlich entweder

1) darin, daß das Gericht irgend einen Vorgang oder Vortrag protokolliren läßt; oder
2) in der Fassung eines Beschlusses (im Decretiren); oder
3) in der Correspondenz mit andern Gerichten; oder endlich
4) im Sammeln und Ordnen der Acten.

Von diesen vier Formen der Thätigkeit des Gerichts ist nun ausführlicher zu handeln.

Von Protokollen.

§. 132.

Da die streitenden Theile ihre Vorträge nicht immer schriftlich überreichen, sondern sich über Manches nur mündlich erklären; — da sich ferner gewisse von den Parteien vorzunehmende Acte gar nicht einmal zu einer schriftlichen Vollziehung eignen, und man in solchen Fällen dem bloßen Gedächtnisse der Gerichtspersonen nicht vertrauen kann; — so müssen über dergleichen Vorträge und Vorgänge von dem Actuar schriftliche Zeugnisse, — öffentliche Urkunden ausgefertigt werden,

welche man jetzt Protokolle nennt. — (Der Ausdruck „protocollum“ kommt schon im Röm. Rechte vor; Nov. 44. C. 2., aber in einer andern Bedeutung. Hugo R. R. G. S. 945. Vgl. Oesterley, das deutsche Notariat. Thl. I. S. 42.) Beim Protokolliren handelt also das Gericht eigentlich nur als Zeuge; es wird von demselben nichts beurtheilt oder entschieden, sondern nur das Geschehene aufgefaßt und bestätiget. Hierin liegt der Unterschied zwischen Protokoll und Decret. — Die wesentlichen Erfordernisse, welche bei der Abfassung eines Protokolls zu beobachten sind, bestehen darin, daß

1) dasselbe in Gegenwart der handelnden Personen, und zwar sogleich bei der Verhandlung selbst aufgenommen, sodann
2) den Anwesenden vorgelesen, und von ihnen bestätigt, endlich
3) Zeit und Ort der Handlung, so wie der Name eines jeden Anwesenden und der Name des Protokollführers ausdrücklich darin angegeben werden muß.

Ist alles Dieses gehörig beobachtet, so liefert das Protokoll vollen Beweis, versteht sich über Dasjenige, was in demselben, als von dem Gerichte selbst wahrgenommen, bestätiget wird. Hinsichtlich der Frage, ob gegen gerichtliche Protokolle ein Gegenbeweis zuläßig sey, sind die Meinungen getheilt. — Die gewöhnliche Ansicht der älteren Juristen war die, daß ein Gegenbeweis stattfinde; nur forderten sie dazu, gestützt auf C. 10. X. De fide instrum., wenigstens drei Zeugen. — Glück, Comm. VI. S. 453. und die dort Angeführten.

Die neueren Rechtslehrer wollen jedoch mit mehr

Grund den Gegenbeweis nur dann zulassen, wenn entweder

a) ein formelles Gebrechen bei der Errichtung des Protokolls, oder

b) eine Verfälschung desselben, oder endlich

c) nicht eine directe Unrichtigkeit des Inhaltes, sondern nur eine Unvollständigkeit desselben behauptet wird.

In diesen Fällen soll aber ein Gegenbeweis von gewöhnlicher Stärke schon hinreichen, indem Das, was im c. 10. X. cit. von drei oder vier Zeugen vorkommt, nicht als Entscheidungsgrund des Richters, sondern nur als ein von der Partei vorgebrachtes Motiv angeführt wird.

Lotz, civil. Abh. III.

Linde, Lehrb. §. 84.

Vorzüglich:

Oesterley, Notariat. Thl. II. S. 704—722.

Von Decreten.

Begriff und Arten.

§. 133.

Im älteren Römischen Rechte wurde der Ausdruck „decretum" nur für Aussprüche und Anordnungen der Obrigkeit in Fällen einer extraordinaria cognitio gebraucht.

Gaj. IV. §. 140.

Vgl. Brisson. De V. S. „Decretum".

Zimmern, R. Rechtsgesch. III. Bd. §. 2. u. §. 75.

Keller, Röm. Civilpr. S. 313.

Der Ausspruch des *judex* im ordentlichen Verfahren heißt in der Regel „sententia“.

Dieser Sprachgebrauch hat sich selbst nach dem Untergange des Formularprocesses noch insofern erhalten, daß für die Urtheile der gewöhnlichen Richter der ältere Ausdruck „sententia“ beibehalten, das Wort „decretum“ aber vorzugsweise für kaiserliche Entscheidungen in streitigen Rechtssachen gebraucht wurde.

Theophil. ad §. 6. J. 1. 2.

Gegenwärtig dient aber das Wort „decretum“ zur Bezeichnung eines allgemeineren Gattungsbegriffes. Wir verstehen nämlich unter Decret im Gebiete des Civilprocesses (denn der Ausdruck kommt auch in anderen Beziehungen vor) — jeden gerichtlichen Beschluß, ohne Rücksicht auf die äußere Stellung des Gerichts, — ohne Unterschied des Inhaltes, und der Personen, an welche er gerichtet ist.

Vergleicht man diese Art der Thätigkeit des Gerichts mit der, welche bei der Aufnahme von Protokollen stattfindet, so zeigt sich der wesentliche Unterschied, daß das Gericht beim Protokolliren eigentlich die Function eines Zeugen, beim Decretiren aber die Function eines Sachverständigen ausübt, indem es die Anträge der Parteien, oder die vorliegenden processualischen Verhältnisse im Hinblicke auf die bestehenden gesetzlichen Vorschriften prüft, und hiernach ausspricht, was geschehen soll, oder was es in dem vorliegenden Falle für Recht hält. Eben daher ist das Decretiren das eigenthümliche Geschäft des Richters, als solchen, während das Protokolliren die Hauptaufgabe des Actuars bildet.

Die Eintheilung der gerichtlichen Decrete hängt von der Verschiedenheit des dabei gewählten Gesichtspunktes ab.

decisio

Hauptunterscheidung pag. 403.

I. Mit Rücksicht auf den Gegenstand und Inhalt unterscheidet schon das Röm. Recht „sententias“ und „interlocutiones“.

Rubric. Tit. D. 42. 1.

Tit. C. VII. 45.

Unter „sententia“ versteht dasselbe vorzugsweise das Endurtheil (sent. definitiva) — den Ausspruch des Richters, welcher den Streit in der Hauptsache selbst durch condemnatio oder absolutio entscheidet.

Der Ausdruck „interloqui, interlocutio“ kommt zwar in verschiedenen Beziehungen und Bedeutungen vor,

Brisson. De V. S.

und wird auch in solchen Fällen gebraucht, in welchen der Ausspruch die materielle Hauptstreitfrage selbst berührt, z. B.

Fr. 38. D. 40. 5.

Fr. 32. D. 48. 19.

Von einer sententia unterschied sich aber jede interlocutio dadurch, daß sie noch nicht eine definitive condemnatio oder absolutio enthielt, sondern entweder nur eine vorbereitende proceßleitende Anordnung, oder eine provisorische Verfügung oder Aeußerung des Richters.

Zimmern, R. Rechtsgesch. III. §. 131. not. 1. und §. 137.

Vgl. besonders c. 36. C. 7. 62.

Das canon. Recht gebrauchte den Ausdruck „sententia“ für jeden richterlichen Ausspruch, ohne Unterschied zwischen dem Endurtheile, und solchen Erkenntnissen, Anordnungen oder Verfügungen, welche noch vor dem Endurtheile entweder in Beziehung auf den Proceßgang, oder auf eine zufällig auftauchende Zwischenfrage erlassen wurden, diese letztere mochte nun mit der Hauptsache selbst materiell zusammenhängen oder nicht. Daher

finden wir in dieser Quelle zweierlei Arten von sententiis einander gegenübergestellt, nämlich sent. definitivae und interlocutoriae; z. B. in

c. 12. in 6to 2. 15.

J. H. ***Boehmer,*** J. E. P. lib. II. Tit. 27. §. 1 u. 8.

und diesem Sprachgebrauche folgten auch die deutschen Reichsgesetze in der bekannten Unterscheidung zwischen Endurtheil und Beiurtheil.

C. G. O. v. 1495. §. 20.

C. G. O. v. 1507. II. §. 3.

C. G. O. v. 1555. Thl. II. Tit. 28. §. 6. und Tit. 29. §. 3 u. 4.

J. R. A. §. 58.

Wenn mit dieser Unterscheidung zwischen Endurtheil und Interlocut keine praktische Folge verbunden gewesen wäre, so würde man sicher keinen großen Werth darauf gelegt, wenigstens dieselbe nicht noch durch feinere Distinctionen zu bereichern gesucht haben. Allein man fand schon in dem neuesten Röm. Rechte den Grundsatz ausgesprochen, daß das Rechtsmittel der Appellation in der Regel nur gegen eine sententia definitiva, — gegen ein bloßes Interlocut aber nur in wenigen Ausnahmsfällen zulässig seyn soll. Dieser Umstand veranlaßte nicht nur in der Doctrin, sondern auch in den Gesetzen eine Unterabtheilung der Interlocute mit Rücksicht auf die Appellabilität derselben, welche man gleichfalls durch den Inhalt derselben näher zu bestimmen sich bemühte, indem man die singulären Vorschriften des Röm. Rechts über die appellablen Interlocute generalisirte. So ist in den Gesetzen die Unterscheidung entstanden zwischen interlocutoriis, quae vim definitivae habent, vel non habent; zwischen Beiurtheilen „welche die Kraft eines Endurtheils hätten oder nicht";

C. G. O. Thl. II. Tit. 28. §. 3 u. 4.

Conc. Trid. sess. 24. c. 20.

und in der Doctrin die Eintheilung der Zwischenbescheide in interlocutor. meras oder simplices und in interl. mixtas.

Als gemischte Interlocute bezeichnete man diejenigen, welche dem künftigem Endurtheile in der Hauptsache selbst präjudiciren, d. h. welche zwar nur einen Zwischenpunkt entscheiden, jedoch einen solchen, von welchem mehr oder minder das künftige Endurtheil selbst abhängen kann. — Interloc. simplex oder mera wurde aber eine solche richterliche Zwischenverfügung genannt, welche auf das Endurtheil keinen Einfluß hat, sondern nur irgend eine davon unabhängige Frage, — vorzugsweise bloß den formellen Proceßgang betrifft.

Lauterbach, Colleg. theor. pract. lib. 42 tit. 1. §. 4 und 5.

Diese Eintheilung der Decrete wurde bis in die neuere Zeit in Gesetzbüchern und Lehrbüchern zu Grunde gelegt. Weil sie jedoch dem praktischen Bedürfnisse, durch welches sie hervorgerufen worden war, wegen der Unbestimmtheit des Begriffes eines gemischten, oder solchen Interlocuts, das die Kraft eines Endurtheiles hätte, nicht zu entsprechen vermochte, so ist

II. zu diesem Zwecke eine andere, mehr auf formellen Rücksichten beruhende Eintheilung versucht worden, welche vielseitige Anerkennung gefunden hat.

Schon im Röm. Rechte fand man nämlich die wiederholt und mit besonderem Nachdrucke hervorgehobene Bemerkung, daß nicht jeder Beschluß, oder jeder Ausspruch des Richters über das streitige Verhältniß als Urtheil zu betrachten sey (c. 7. C. 7. 45. „Non omnis vox judicis judicati continet auctoritatem“), sondern daß eine „sententia“ nur dann vorliege, wenn der Richter

vorher „disceptationi locum dederat" und wenn der Ausspruch erst „auditis et examinatis partium allegationibus" erfolgt war.

c. 5. C. 7. 57.

c. 7. C. eodem. „*Magno conflictu* sententia decerni solet."

(Für Aussprüche und Verfügungen, welche der Richter ohne vorläufige Vernehmung beider Theile, entweder aus eigenem Antriebe oder nur auf den Antrag einer Partei erlassen hatte, werden verschiedene andere Ausdrücke gebraucht, z. B. comminatio, subscriptio, epistola und dergl.

c. 1 bis 7. C. 7. 57.

Vgl. Fr. 9. §. 1. D. 1. 16.)

Diese Bemerkung bezieht sich nun zwar allerdings nur auf richterliche Verfügungen über das Streitverhältniß in der Hauptsache selbst, weil, wenn im Römischen Rechte von einer sententia die Rede ist, in der Regel darunter das Endurtheil verstanden wird.

Weil jedoch ohne vorläufiges Gehör der streitenden Theile nicht nur kein gerechtes Endurtheil, sondern auch kein gerechtes Urtheil über irgend einen Zwischenpunkt mit Sicherheit erwartet werden kann, so glaubte man dieses Erforderniß als allgemeines Merkmal in den Begriff eines Urtheils überhaupt aufnehmen zu dürfen, ohne Unterschied zwischen Endurtheilen und Interlocuten.

Dieser Auffassung zufolge tritt also die Rücksicht auf den Gegenstand und Inhalt eines Decrets in den Hintergrund; und das entscheidende Moment bei der Eintheilung der Decrete ist die Rücksicht darauf, ob dem Ausspruche ein contradictorisches Verfahren der Parteien über die in demselben entschiedene Frage vorausgegangen war oder nicht. In dem ersten Falle nennt man den

Ausspruch ein Decisivdecret, ein Urtheil im eigentlichen Sinne des Wortes; in dem zweiten Falle ein einfaches Decret. Eben deßhalb aber, weil hiebei der Gegenstand zunächst nicht in Betracht kommt, kann es vorkommen, daß ein Beschluß, welcher bloß den Proceßgang betrifft, doch ein Decisivdecret, und umgekehrt, daß ein Decret, welches eine Entscheidung der Hauptsache enthält, nur einfaches Decret genannt werden muß. — Gemischte Decrete in dieser Beziehung sind aber überhaupt nicht möglich.

Spuren dieser Auffassung finden sich schon bei älteren Schriftstellern, z. B. bei Ludovici bürgerl. Proceß, Cap. 25 §. 5. ***J. H. Boehmer,*** J. E. P. lib. II. Tit. 27. §. 2. u. A. Die Verdrängung der älteren Eintheilung wenigstens aus der ersten Linie hat aber erst v. Gönner zu bewirken gesucht.

v. Gönners Hdb. I. 7. §. 24 flg.

Dessen Commentar zum königl. bayerischen Gesetze vom 22. Jul. 1819, einige Verbesserungen der Gerichtsordnung betr. S. 260. Nr. 3.

Vergl. v. Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens, §. 98.

Von den neueren Proceßschriftstellern schließen sich im Wesentlichen dieser Ansicht an:

Heffter, System §. 200, und zwar unter Bezugnahme auf ältere gemeinrechtl. Autoritäten.

Schmid, Hdb. I. §. 87.

Planck, von dem Beweisurtheile, S. 163 flg., gelangt auf dem Wege der Nachweisung des historischen Zusammenhanges der modernen Ansicht mit den Formen des altdeutschen Processes in der Hauptsache zu demselben Resultate.

Ueber die Unzulänglichkeit der älteren Eintheilung nach dem Gegenstande der Decrete s. v. Linde (welcher übrigens die v. Gönner'sche Ansicht bestreitet), Handb. Bd. IV. S. 108 §. 37. a. A.

Wenn man die oben angeführte ältere Eintheilung mit der neueren in Verbindung bringt, so erhält man folgende Uebersicht:

Alle Decrete sind entweder Decisivdecrete (praevia disceptatione causae), oder einfache Decrete (bloß auf den Antrag einer Partei erlassen).

Die ersten sind dann wieder in Ansehung ihres Inhaltes Definitivurtheile, welche die Hauptsache endlich entscheiden, oder Interlocute, welche nur einen Zwischenstreit erledigen.

Die einfachen Decrete aber beziehen sich entweder auf die materialia *causae* selbst, und dann heißen sie bald rejectoria, wenn der Antrag einer Partei durch sie verworfen; — bald *mandata*, oder *ordinationes*, wenn dem Gesuche statt gegeben wird; — oder sie beziehen sich bloß auf die Leitung des Processes allein, und dann sind sie entweder Ladungsdecrete (citationes), oder Communicativ- oder Notificationsdecrete.

III. Außer dieser Classification ist noch eine andere Eintheilung der richterlichen Decrete zu erwähnen, nämlich die in monitorische und arctatorische.

Monitorisch nennt man ein Decret dann, wenn durch dasselbe einer Partei nur eröffnet wird, daß es ihr freistehe, einer Handlung beizuwohnen, welche aber im Falle ihres Ausbleibens doch vor sich gehen soll; — arctatorisch, wenn der Partei eine Handlung befohlen wird. Ergeht dieser Befehl unter Androhung irgend eines Nachtheiles auf den Fall der Nichtbeobachtung, so heißt

das Decret insbesondere ein peremtorisches, außerdem ein dilatorisches.

S. Gensler im Arch. IV. S. 191.

Grundsätze und Regeln hinsichtlich der Einrichtung der Decisivdecrete; insbesondere des Endurtheils.

§. 134.

Was zunächst das Endurtheil betrifft, so muß dasselbe jedenfalls

1) eine condemnatio oder absolutio des Beklagten in Ansehung Dessen enthalten, was den Hauptzweck der Klage bildete;

Fr. 1. D. 42. 1.

c. 3. C. 7. 45.

mit Ausnahme der Erkenntnisse über eine Präjudicialklage, in welchen nie eine condemnatio, sondern nur ein anerkennender oder nicht anerkennender Ausspruch des Richters über den bestrittenen Zustand vorkommen kann.

Gaj. IV. 44.

Keller, Röm. Civilpr. II. S. 281 unt.

Bei Vindicationen ist zwar der Hauptzweck der Klage zunächst gleichfalls auf die Anerkennung des prätendirten dinglichen Rechtes gestellt, und diese Anerkennung soll daher, — wenn sich der Anspruch als begründet erwiesen hat, — auch in dem Endurtheile zuerst ausgesprochen werden; allein dieser pronunciatio folgt hier sofort auch die condemnatio des Beklagten zu denjenigen Leistungen, welche sich aus der die Klage veranlassenden Verletzung des dinglichen Rechtes ergeben.

Arndts, Lehrb. der Pand. I. S. 118.

Die minder sorgfältige Praxis beschränkt sich sogar nicht selten bloß auf die condemnatio allein.

2) Wenn außer dem Hauptzwecke der Klage auch noch gewisse Nebenleistungen, z. B. Früchte, Zinsen und dergl. in Frage stehen, so soll in dem Endurtheile auch über diese erkannt werden. — Ist aber der Richter in einem, in der Hauptsache condemnirenden Urtheile gänzlich mit Stillschweigen darüber hinweggegangen, so kommt es darauf an, ob nach gemeinem Rechte für die in dem gegebenen Falle vorliegende Art von Nebenforderung eine selbständige Klage existirt oder nicht. In dem letzten Falle kann der Kläger die Nebenforderung auf andere Art nicht mehr geltend machen, als durch den Gebrauch eines ordentlichen Rechtsmittels, z. B. der Appellation gegen dieses Uebersehen des Unterrichters. Denn dieser selbst ist zu einer nachträglichen Ergänzung dieses Mangels nach einmal erfolgter Publication des Urtheils nicht mehr berechtiget. (Ueber das Fr. 42. D. 42. 1., welches vielleicht für das Gegentheil angeführt werden könnte, s. v. Linde, Handb. Bd. IV. S. 32.)

c. 4. C. 4. 34.
c. 13. C. 4. 32.
Vgl. Fr. 49. §. 1. D. 19. 1.
Fr. 54. pr. D. 19. 2.

Existirt aber für die unberücksichtigt gebliebene Nebenforderung eine eigene selbstständige Klage, wie z. B. für stipulirte Zinsen, oder für Nutzungen, zu deren Restitution der malae fidei possessor verpflichtet ist,

Fr. 4. §. 2. D. 10. 1.
c. 3. C. 4. 9.

so kann der Kläger jedenfalls den Betrag, der etwa nicht in judicium deducirt worden war, mittelst einer besonderen Klage nachfordern.

c. 1. C. 3. 1.

Sollte aber über Nebensachen dieser Art bereits in dem Processe über die Hauptsache vollständig verhandelt worden seyn, und gleichwohl in dem Endurtheile keine Meldung davon geschehen, so dürfte dem Kläger in Gemäßheit des in

Fr. 74. pr. D. 5. 1. und

Fr. 19. §. 1. D. 4. 8.

aufgestellten Grundsatzes die Befugniß einzuräumen seyn, von dem erkennenden Richter noch ein Urtheil über diesen unentschieden gebliebenen Streitpunkt zu verlangen.

3) Das Endurtheil soll auch einen Ausspruch über die Frage enthalten, ob eine Partei, und welche die Proceßkosten zu erstatten habe. Weil jedoch dem Sieger nach eröffnetem Urtheile in der Hauptsache eine selbständige Klage auf Kostenersatz nicht gegeben ist,

c. 3. C. 7. 51.

so hat das Stillschweigen des Richters über diesen Punkt die Folge, daß die Kosten als compensirt gelten.

S. oben S. 84. Nr. 2.

4) Von den im Laufe des Hauptverfahrens gegen die Klage vorgebrachten und verhandelten peremtorischen Einreden, sowie von den etwaigen Repliken, Dupliken u. s. w. pflegt man zwar gegenwärtig in dem Endurtheile selbst eine specielle und directe Erwähnung nicht zu machen, sondern die Prüfung, — Anerkennung oder Aberkennung dieser Schutzmittel findet gewöhnlich erst unter den Entscheidungsgründen ihren Platz. Da jedoch diese Streitpunkte bei der Erörterung der Frage über den Umfang der exceptio rei judicatae wesentlich in Betracht kommen, und da einer ziemlich gangbaren Ansicht zufolge den Entscheidungsgründen die Fähigkeit zur Rechtskraft abgesprochen wird, so wäre es zweckmäßiger,

die Anerkennung oder Aberkennung dieser Anträge auch in dem Urtheile selbst wenigstens durch eine zweckmäßig gewählte allgemeine Formel (z. B. „ungeachtet der vorgebrachten Einreden", oder „in Folge der vorgebrachten Einreden" u. dgl.) kurz anzudeuten.

5) In Beziehung auf die condemnatio ist insbesondere zu bemerken, daß der Gegenstand der Leistung, gleichviel ob diese auf Geld oder irgend eine andere Sache gerichtet ist, so genau wie möglich bestimmt werden soll.

§. 32. J. 4. 6.

Zur Zeit des Röm. Formularprocesses mußte die condemnatio immer auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet werden, selbst dann, wenn der ursprüngliche Gegenstand der Klage nicht in Geld bestand. Der Richter mußte daher in diesem Falle das Object in Geld anschlagen.

Gaj. IV. 48 u. 52.

Vgl. Puchta, Instit. II. S. 187 ob. und S. 125.

Allein diese Vorschrift wurde schon vor Justinian dadurch beschränkt, daß man den Befehl des Richters die Sache in natura zu restituiren (arbitrium de re restituenda), welcher auch im älteren Rechte der condemnatio auf Geld vorausging, und durch dessen Befolgung die condemnatio abgewandt werden konnte, durch unmittelbare Hinwegnahme der Sache im Wege der Execution vollstrecken ließ.

Fr. 68. D. 6. 1.

Puchta a. a. O. S. 222 unt. und S. 223. not. hh.

Justinian bestimmte aber in der angeführten Stelle der Institutionen überhaupt nur, daß der Richter „quantum possibile ei sit, certae pecuniae vel rei sententiam ferat."

Auch ist es nicht gerade nothwendig, daß die Summe oder der Gegenstand in dem Urtheile selbst ausgedrückt werde, sondern es genügt auch, wenn sich der Richter in dieser Hinsicht auf ein Actenstück, oder auf einen Parteivortrag bezieht, in welchem die nähere Bezeichnung vorkommt.

Fr. 5. §. 1. Fr. 59. pr. u. §. 1. D. 42. 1. c. 3 u. 4. C. 7. 46.

Ferner wird ausdrücklich gestattet, den Beklagten zur Entrichtung der Zinsen unbestimmt in so lange zu verurtheilen, bis er das Capital bezahlen würde.

c. 1. C. 7. 46.

Ja es wird selbst ein Urtheil für gültig erklärt, welches doch nur den Ausspruch enthielt, daß der Beklagte zur Entschädigung verpflichtet sey, ohne die Entschädigungssumme selbst festzusetzen;

c. 2. C. eod.

in welchem Falle aber freilich angenommen werden muß, entweder daß die Summe schon ermittelt war, oder daß deren Ermittlung noch vorbehalten wurde. — Ein Vorbehalt dieser Art wird hinsichtlich der Proceßkosten ausdrücklich gebilliget in

c. 3. C. 7. 51.

und ist bei sogenannten Universalklagen, z. B. bei der Erbschaftsklage, nicht wohl zu vermeiden, weil der Kläger zur Zeit der Anstellung der Klage gewöhnlich außer Stand ist, den Betrag der Erbschaft genau anzugeben.

Brackenhöft. Erört. S. 471 unt.

6) Im Fr. 1. §. 5. D. 49. 4. kommt die Bemerkung vor „sub conditione sententia non est dicenda“. Ein bedingtes Urtheil läßt sich aber auf zweierlei Weise denken. Entweder a) Jemand hat aus einem bedingten Geschäfte geklagt, ehe noch die Bedingung eingetreten

war, und der Richter verurtheilt nun den Beklagten auf den Fall, wenn die Bedingung eintreten würde; oder b) der Richter macht (bei einem unbedingten Anspruche des Klägers) die Condemnation oder Losſprechung des Beklagten in dem Urtheile von einer vorher noch vorzunehmenden Proceßhandlung einer Partei abhängig. — Ein Fall der ersten Art wird kaum irgend einmal vorkommen, weil einer ante diem vel conditionem existentem erhobenen Klage die Einrede der Verfrühung (exc. plus petit. tempore) entgegengesetzt werden kann, welche eine Abweiſung des Klägers zur Zeit zur Folge hat.

Fr. 35. D. 5. 1.

Fr. 186. D. 50. 17.

Fr. 9. pr. D. 12. 1.

Sollte aber der Richter diese Einrede nicht beachtet, und, — weil vielleicht die Forderung des Klägers im Uebrigen liquid und unbestritten war, den Beklagten schon zum Voraus für den Fall des künftigen Eintrittes der Bedingung verurtheilt haben, so könnte zwar der Beklagte gegen dieses Urtheil appelliren;

Fr. cit. 1. §. 5. D.

im Falle der Unterlassung der Appellation aber würde, wenn nachher die Bedingung wirklich einträte, das nunmehr purificirte Urtheil doch in Vollzug zu bringen seyn.

Bedingte Urtheile der zweiten oben angedeuteten Art sind jedoch wenigstens in dem Falle, wenn der Richter auf einen Haupteid erkennt, schon im Römischen Rechte nicht bloß erlaubt, sondern selbst anbefohlen.

c. 11. C. 7. 45.

Heutzutage wird bei manchen Gerichten auch dann ein Endurtheil in bedingter Fassung erlassen, wenn in der Sache zunächst noch auf Beweis erkannt werden muß.

Martin, Lehrb. (12te Aufl.) §. 190. not. r. und §. 229. not. g.

A. D. Weber, von der Verbindl. zur Beweisführung. S. 307.

Linde, Lehrbuch. 7te Auflage. §. 309. not. 7. und §. 320.

Brackenhöft, Erört. S. 472 unt.

7) Eine Verbindlichkeit des Richters, den Parteien mit dem Urtheile jedesmal auch die Gründe bekannt zu machen, welche ihn zu diesem Ausspruche bewogen, ist in den Quellen des gemeinen Rechts nicht begründet.

Das Röm. Recht und in Uebereinstimmung damit das canonische fordern die Angabe der Entscheidungsgründe nur in den Verantwortungsberichten, welche im Falle einer Appellation an das Obergericht erstattet und den Parteien mitgetheilt werden mußten;

Fr. 6. D. 49. 5.

c. 1. C. 7. 61.

c. 18. 19. C. 7. 62.

c. 68. X. 2. 28.

Vgl. c. 16. X. 2. 27.

die deutschen Reichsgesetze verordneten gleichfalls in mehreren Fällen die Angabe und Aufzeichnung der Entscheidungsgründe,

C. G. O. 1555. III. 53. §. 4. 9.

R. H. O. Tit. 4. §. 18. u. Tit. 5. §. 19.

J. R. A. §. 60 u. 61.

ohne jedoch die Bekanntmachung derselben vorzuschreiben. Allein dessen ungeachtet ist in neuerer Zeit fast in allen deutschen Staaten die in jeder Hinsicht höchst wünschenswerthe Einrichtung getroffen, daß die Gerichte ihre Aus-

sprüche nicht nur gehörig motiviren, sondern auch die Motive den streitenden Theilen eröffnen müssen.

S. Rud. Brinkmann, über die richterlichen Entscheidungsgründe. Kiel 1826.

Vgl. Bundesbeschluß vom 3. Aug. 1820. Art. V.

8) Daß in dem Urtheile das erkennende Gericht, sowie die streitenden Theile angegeben werden müssen, versteht sich von selbst. Die Unterlassung der namentlichen Bezeichnung ist jedoch unschädlich, wenn durch eine Bezugnahme auf die Acten, oder durch den Zusammenhang des Urtheils mit denselben die betheiligten Personen außer Zweifel gestellt sind.

Im Röm. Rechte ist übrigens in dieser Hinsicht noch besonders verordnet, daß die Condemnation eines zur Zeit der Urtheilsfällung schon Verstorbenen, oder noch nicht Geborenen ungültig seyn soll,

Fr. 2. pr. D. 42. 1.

Fr. 59. §. 3. D. eod.

Vergl. Fr. 2. §. 1. D. eod. und

Fr. 74. §. 2. D. 5. 1.

sowie auch die Verurtheilung eines Handlungsunfähigen, ohne Tutor oder Curator.

Fr. 9. D. 42. 1.

Fr. 45. §. 2. D. eod.

Die Gültigkeit der letzteren Vorschrift, auch nach dem gegenwärtigen Rechte, ist außer Zweifel. — Aber auch die Bestimmung hinsichtlich der Condemnation eines Verstorbenen muß in dem Falle als noch wirksam betrachtet werden, wenn der Beklagte, ohne mit einem Procurator versehen zu seyn, noch vor dem Urtheile mit Tod abging, und der Proceß von seinen Erben nicht reassumirt wurde. — War er jedoch mit einem Procurator versehen, der eine Vollmacht mit der claus. hered.

hatte, so dürfte wohl das auf den Namen des verstorbenen Principals gerichtete Urtheil jetzt nicht mehr für ungültig zu halten seyn, obgleich es eigentlich auf den Namen des Procurators hätte gestellt werden sollen.

J. R. A. §. 99.

Enthielt aber die Vollmacht die clausula hered. nicht, so ist das Urtheil gleichfalls unwirksam, wenn nicht etwa der Tod erst nach dem definitiven Schlusse der Sache erfolgt war.

R. A. v. 1600. §. 73.

S. oben S. 156.

9) Wenn gleichzeitig in demselben Verfahren mehrere selbständige Klagen, oder eine Klage und eine Widerklage verhandelt worden sind, so muß über jede derselben, wenn auch in einer Urkunde, — besonders und ausdrücklich erkannt werden. Sollte der Richter eine der verbundenen Klagen, obgleich die Verhandlungen darüber zum Endurtheile reif waren, gänzlich mit Stillschweigen übergangen haben, so kann der Betheiligte, gestützt auf den in

Fr. 74. pr. D. 5. 1. u.

Fr. 19. §. 1. D. 4. 8.

ausgesprochenen Grundsatz, verlangen, daß das Urtheil darüber nachgeholt werde.

Bezüglich einer gänzlich präterirten peremtorischen Einrede läßt sich zwar dasselbe nicht behaupten. Wenn jedoch die Einrede auf einem selbständigen Forderungsrechte beruht, welches auch durch eine Klage verfolgt werden könnte, so geht dem Beklagten durch das bloße Stillschweigen des Richters wenigstens das Klagerecht nicht verloren.

Fr. 7. §. 1. D. 16. 2.

10) Wegen der rechtlichen Folgen, welche sich an die Existenz und den Inhalt eines richterlichen Urtheils auch später noch knüpfen können, ist nicht nur im canonischen Rechte und in den deutschen Reichsgesetzen, welche ohnehin den Grundsatz der schriftlichen Form für das ganze Verfahren aufgestellt haben, sondern auch schon im Röm. Rechte ausdrücklich, und zwar bei Vermeidung der Nichtigkeit befohlen, daß das Urtheil schriftlich redigirt werden soll. Um übereilten Aussprüchen vorzubeugen, ist dabei noch insbesondere verordnet, daß die schriftliche Redaction nicht etwa erst nach der mündlichen Eröffnung an die Parteien, sondern schon vorher geschehen, und daß die Publication durch Verlesung des Aufgezeichneten (recitare ex periculo) geschehen soll. Diese Verlesung, und zwar in der Regel durch den Richter selbst, ist aber gleichfalls für wesentlich erklärt.

c. 1. 2 u. 3. C. 7. 44. (De sententiis *ex periculo* recitandis.) Der Ausdruck „periculum" bedeutet hier so viel als schriftliches Concept. ***Brisson,*** De V. S. sub voce „periculum" in fin. c. 5. in 6to 2. 14.

Das c. 43. X. 2. 20., welches auch ein nicht schriftlich redigirtes Urtheil als gültig anerkennt, ist nach der Glosse nur auf caus. matrimon. zu beziehen.

Nur in geringfügigen Sachen erlaubte Justinian auch einen bloß mündlichen Ausspruch.

Nov. 17. c. 3.

Auth. „Nisi breves" C. 7. 44.

Im Wesentlichen werden die vorstehenden Grundsätze auch jetzt noch beobachtet. Nur hält man die Verlesung des Urtheils durch den Richter selbst nicht mehr für nothwendig, sondern gestattet auch die Verlesung durch den Actuar. — In der Praxis und in einzelnen

Particularrechten ist sogar anstatt der mündlichen Eröffnung die schriftliche Zufertigung für zulässig erklärt.

Dagegen wird aber jetzt mit Rücksicht auf

Clem. 2. De V. S.

die schriftliche Aufzeichnung des Urtheils auch in geringfügigen Sachen für nothwendig gehalten.

Heffter, Syst. S. 241. not. 80.

Sollte übrigens die Urtheilsurkunde nach der förmlichen Verlesung verloren gehen, so darf die Existenz und der Inhalt derselben auch durch Zeugen bewiesen werden.

c. 16. X. 2. 27.

11) Der Gebrauch solenner Formeln ist nach gemeinem Rechte bei der Abfassung eines Urtheils nicht nothwendig, wie sich aus einzelnen im C. J. selbst hie und da vorkommenden Beispielen ergibt (Fr. 59. pr. D. 42. 1. — Fr. 1. §. 1. D. 49. 8. — c. 3. C. 7. 46.). Eine sorgfältige Redaction ist jedoch hiebei eben so dringend zu empfehlen, wie bei der Abfassung eines Gesetzes, weil das Urtheil, wenn es die Rechtskraft erlangt hat, für den concreten Fall gleichsam ein Gesetz unter den Parteien bildet. Der ältere Gerichtsgebrauch hat in dieser Hinsicht gewisse, auf die gewöhnlich vorkommenden Fälle berechnete Formen geschaffen, von welchen freilich bis jetzt schon Manches veraltet ist, die aber dessenungeachtet auch gegenwärtig noch viel Brauchbares enthalten.

S. C. Ferd. Hommel, teutscher Flavius. Bayreuth 1775. 3te Ausg.

Von den Neueren sind zu erwähnen: Gensler, Anleitung zur gerichtl. Praxis. Heidelberg 1821. Thl. I. S. 304 flg.

Friedr. Bergmann, Beiträge zur Einleit. in die Praxis. Göttingen 1839.

Friedr. Schnaubert, Hülfsb. für die jurist. Prax. Jena 1853. Thl. II.

Was insbesondere die Fassung der Entscheidungsgründe betrifft, so werden dieselben heutzutage in Deutschland gewöhnlich von dem eigentlichen Urtheilsspruche äußerlich getrennt, d. h. sie folgen dem Urtheile in einem eigenen Abschnitte des Aufsatzes unter der Aufschrift „Entscheidungsgründe"; und diese Form des Vortrages ist auch gewiß dem bei den französischen Gerichten üblichen Style vorzuziehen, demgemäß die Zweifels- und Entscheidungsgründe mit dem Urtheile selbst in einen einzigen oft sehr vielgliederigen und schwerfälligen Satz verarbeitet werden.

Vgl. darüber Gust. Geib, die Reform des deutschen Rechtslebens. Leipzig 1848. S. 83 flg.

12) Ein wesentliches Erforderniß richterlicher Urtheile ist endlich noch die Deutlichkeit. Ueber die Folgen eines Mangels an diesem Erfordernisse sind die Meinungen sehr verschieden. Diese Verschiedenheit rührt aber wohl davon her, weil auch solche Urtheile unter den Gesichtspunkt der Undeutlichkeit gestellt worden sind, welche gar nicht dahin gehören. So ist es namentlich sowohl nach der Natur der Sache, als nach positiven Bestimmungen außer Zweifel, daß ein Urtheil, welches etwas Unmögliches anordnet oder befiehlt,

Fr. 3. pr. §. 1. D. 49. 8.

arg. Fr. 135. 182. 185. D. 50. 17.

oder dessen Bestimmungen sich einander widersprechen und aufheben;

arg. Fr. 13. §. 3. D. 34. 5.

Fr. 188. D. 50. 17.

endlich Urtheile, welche gar nicht verständlich, also sinnlos sind, schlechterdings keine Wirkung haben; daß also weder die Appellation, noch irgend ein anderes Rechtsmittel dagegen als nothwendig erscheint, sondern der Richter angehalten werden kann, erst ein Urtheil in der Sache zu sprechen.

Fr. 3. pr. D. 49. 8.

„sine causa appellari“.

arg. Fr. 19. D. 49. 1.

Wenn aber Dasselbe, was von einem offenbar sinnlosen Ausspruche gilt, ohne Weiters auch von einem bloß zweideutigen, d. h. von einem solchen Urtheile behauptet wird, dessen Worte nur einen mehrfachen Sinn zulassen, ohne an sich unverständlich zu seyn, oder etwas Unmögliches oder Widersprechendes zu enthalten, so läßt sich für diese Ausdehnung weder ein Gesetz, noch ein allgemeiner Grund anführen. Dergleichen bloß zweideutige Urtheile sind darum noch keineswegs ungültig; allein sie bedürfen einer Auslegung — oder Declaration.

Daß nun jede Partei, in deren Interesse es liegt, zu erfahren, welchen Sinn der Richter mit seinen Worten verbunden habe, eine solche Declaration verlangen dürfe, und daß sie dieses Verlangen am natürlichsten an den Richter selbst stellt, von dem das zweideutige Urtheil ausgegangen ist, kann wohl nicht bezweifelt werden.

Ebensowenig läßt sich behaupten, daß dem Richter durch die Bestimmung der Fr. 55 u. 62 D. 42. 1. die Befugniß entzogen sey, einem Gesuche dieser Art zu entsprechen, indem er ja durch eine bloße Declaration sein früheres Urtheil keineswegs abändert, sondern nur bestimmter angibt, was er damit habe sagen wollen; für die Zulässigkeit einer solchen Verbesserung der gewählten Ausdrücke aber selbst ein positiver Anhaltpunkt in Fr. 46.

D. 42. 1. gefunden werden kann (vergl. über dieses Fragment §. 136. nro. 4.). Dabei ist aber allerdings nicht zu läugnen, daß die Zulässigkeit der richterlichen Auslegung des Urtheils keineswegs durch ein ausdrückliches Erläuterungsgesuch einer Partei bedingt ist. Denn wenn die Partei das Urtheil ohne Weiters in einem für sie günstigen oder ungünstigen Sinne auffaßt, und darauf hin gewisse Anträge stellt, — der zur Realisirung dieser Anträge aufgerufene Richter aber die Auslegung der Partei für unrichtig hält, so darf er nicht nur, sondern er muß sogar ihren Irrthum berichtigen, ob er gleich dazu nicht direct aufgefordert wurde.

In diesem Falle ist es auch vollkommen gleichgültig, welches Gericht zur Berichtigung des Irrthums Veranlassung erhalten hat, ob das nämliche, von dem das mißverstandene Urtheil selbst ausgegangen ist, oder ein anderes; — und ebensowenig ist diese richterliche Interpretationsbefugniß an irgend eine Frist gebunden.

Wenn aber eine Partei ein zweideutiges Urtheil nicht ohne Weiters selbst auslegen und auf ihre Auslegung hin in der Sache weiter vorschreiten, sondern sich vorher von der Absicht und Meinung des Richters versichern will, und zu diesem Ende ein Erläuterungsgesuch stellt, so sind dabei folgende Grundsätze zu beachten:

1) Da das Declarationsgesuch als solches kein ordentliches Rechtsmittel ist, so ist dasselbe auch nicht an die zehntägige Nothfrist gebunden.

2) So lange die Partei noch nicht weiß, ob der Richter den zweideutigen Worten seines Urtheils einen ihr günstigen oder ungünstigen Sinn beigelegt habe, kann man ihr offenbar nicht zumuthen, in der Hauptsache selbst zu appelliren, oder ein anderes Rechtsmittel einzuwenden. Die Frist zur Einwendung eines solchen

Rechtsmittels kann also erst dann zu laufen anfangen, wenn die Declaration erfolgt ist, und zwar zum Nachtheil des Imploranten. Indessen ist es allerdings erlaubt, und wegen der Abkürzung des Verfahrens sogar zweckmäßig, mit dem Declarationsgesuche eventuell — d. h. auf den Fall einer nachtheiligen Declaration, die Einwendung eines Rechtsmittels zu verbinden.

3) Gibt der Richter eine Erläuterung, mit welcher zwar der Implorant, nicht aber dessen Gegner zufrieden ist, so steht auch diesem das Recht der Berufung zu.

arg. Fr. 4. §. 1. D. 49. 1.

4) Sollte der Richter die Declaration eines zweideutigen Urtheils verweigern, so kann der Implorant auf dem Wege einer einfachen Beschwerde bei dem Oberrichter darauf antragen, daß er zur Abgabe einer Erläuterung angehalten werde.

Man hat gegen die Befolgung dieser Grundsätze zwar das Bedenken erhoben, daß dieselben zur Verzögerung der Sache führen können. Wenn man jedoch statt dieser Grundsätze den Gesichtspunkt geltend machen will, daß ein zweideutiges Urtheil absolut nichtig sey, so dürfte die praktische Durchführung desselben in dieser Beziehung kaum einen Vorzug haben.

Ueber die ganze Lehre ist nachzusehen:

C. G. Knorre, Anleit. zum gerichtl. Proc. Hauptst. 20. S. 278 flg.

v. Gönner, Handb. III. S. 134. S. 204. und S. 329.

v. Linde, Handb. Bd. IV. S. 37—49.

Heffter, Syst. S. 590. §. 484.

Schmid, Handb. Bd. III. S. 367 flg.

Daß außerdem auch der Inhalt des Urtheils den Gesetzen und den Acten gemäß seyn soll, versteht sich

von selbst. Von den Folgen aber, welche eintreten können, wenn eine Partei in dieser Hinsicht beschwert zu seyn glaubt, wird später in der Lehre von den Rechtsmitteln gehandelt werden.

Die Regeln, welche hinsichtlich der äußeren Form der richterlichen Decrete zu beobachten sind, gehören in die Anleitung zur Praxis.

Vgl. Martin, Lehrb. §. 107.

Gensler, Anleit. zur gerichtlichen Praxis. Thl. I. S. 304 flg.

Bergmann, Beiträge zur Einleit. in die Prax. der Civilprocesse. Gött. 1839.

Von der Bekanntmachung der Decrete.

§. 135.

Die Bekanntmachung richterlicher Decrete muß immer in amtlicher Form geschehen. Was eine Partei bloß durch Zufall, oder durch Privatmittheilung ohne gerichtlichen Auftrag von dem Inhalte richterlicher Verfügungen oder Beschlüsse erfährt, hat für sie in keiner Hinsicht eine rechtliche Wirkung.

Die amtliche Form der Bekanntmachung ist aber eine doppelte, indem sie entweder öffentlich, d. h. so geschieht, daß nicht nur die Betheiligten allein, sondern auch das Publicum von dem Gerichtsbeschlusse Kenntniß erhält, z. B. durch öffentlichen Ausruf, durch Anheftung an die Gerichtsthüren, durch Einrückung in öffentliche Blätter (proclama publ. citatio edictalis); oder nur privatim, d. h. an die Betheiligten allein.

Die Privatbekanntmachung kann aber wieder auf zweifache Art geschehen, entweder mündlich, indem das

Gericht das Decret den persönlich vor Gericht anwesenden Parteien verlesen läßt (Publication), oder ihnen dasselbe schriftlich zufertiget, d. h. wie einen Brief durch eine Gerichtsperson in das Haus sendet (Insinuation). Ueber den Gebrauch dieser verschiedenen Bekanntmachungsformen sind nun folgende Grundsätze zu bemerken:

I. Die Privatbekanntmachung bildet wegen der größeren Sicherheit, welche sie gewährt, die Regel. Die Form der öffentlichen Ladung oder Mittheilung soll nur im Nothfalle gewählt werden, insbesondere dann, wenn entweder der zu Ladende die Privatladung selbst verhindert oder unmöglich macht, oder wenn der Aufenthaltsort desselben ohne Gefahr nicht zugänglich ist.

Clem. 1. 2. 1.

Die Vorladung noch unbekannter Interessenten muß gleichfalls in edictaler Form geschehen, z. B. im Concursprocesse. —

Vgl. darüber meine Theorie des Concursproc. §. 19. not. 9. u. §. 49.

S. überhaupt noch v. Speckner, über die öff. Civilpräjudicialladung.

v. Nibler, über die Edictalcit. in Gegenst. des Civilr. Straubing 1817.

II. Urtheile im eigentlichen Sinne, insbesondere Definitiverkenntnisse sollen dem Röm. Rechte zufolge immer von dem Gerichtsvorstande selbst in feierlicher Sitzung den persönlich anwesenden Parteien verlesen werden; und zwar bei Vermeidung der Nichtigkeit.

c. 1 u. 2. C. 7. 44.

c. 6. C. 7. 45.

Damit stimmt auch das canonische Recht überein.

c. 5. in 6to 2. 14.

Clem. 5. 5. 11.

Heutzutage wird jedoch, abgesehen von auswärts eingeholten Urtheilen, auch die Insinuation „in vim publicati" für zulässig gehalten.

J. H. Boehmer, J. E. P. lib. II. Tit. 27. §. 29.

III. Einfache proceßleitende Decrete werden im ordentlichen Verfahren den Betheiligten stets schriftlich insinuirt. Weil übrigens jedes Decret erst in dem Zeitpunkte rechtliche Wirkung erhält, in welchem es dem Betheiligten zugestellt oder eröffnet wird, so sind hinsichtlich des Vollzuges der Insinuation mehrere Vorsichtsmaßregeln angeordnet, welche insgesammt den Zweck haben, die Thatsache der geschehenen Zustellung gehörig zu constatiren. Es soll nämlich

1) die Zustellung jedenfalls durch eine glaubwürdige Person geschehen. Gewöhnlich werden zu diesem Geschäfte die verpflichteten Amtsboten oder Gerichtsdiener gebraucht, deren Zeugniß über diesen Act so lange vollen Glauben genießt, bis das Gegentheil bewiesen wird. Zu größerer Sicherheit ist es übrigens diesen Personen allenthalben zur Pflicht gemacht, ihr Zeugniß, mit Angabe der Zeit und des Ortes der Insinuation, sowie der Person des Empfängers, sogleich schriftlich auszustellen. Das Nähere hängt jedoch von Particulargesetzen und von dem Gerichtsgebrauche ab, welcher nicht überall derselbe ist.

Vgl. C. G. O. von 1555. Th. I. Tit. 38. §. 16 und 19.

Auch durch öffentliche Notarien kann die Insinuation richterlicher Decrete bewirkt werden, und diesen liegt dann ob, ein förmliches Instrument darüber zu errichten.

Not.-Ordn. v. 1512. Tit. 2.
C. G. O. a. a. O. Tit. 39.

Endlich kommt es auch wohl vor, daß beide durch irgend einen Antrag hervorgerufenen Decrete (für den s. g. Extrahenten nämlich und für dessen Gegner) nur dem ersteren allein gerichtlich zugefertiget werden, dem es sodann überlassen bleibt, die Zustellung des für den Gegner bestimmten Decretes selbst zu besorgen. In diesem Falle hat der Extrahent, wenn er sich nicht der Hülfe eines Notars bedienen will, von dem Gegner einen schriftlichen Empfangsschein zu verlangen.

Nicht betheiligten Privatpersonen, welche zufällig vor Gericht erscheinen, die Insinuation richterlicher Decrete an Dritte aufzutragen, ist wegen der Unsicherheit des Beweises durchaus nicht zu billigen.

Wenn aber der Beweis der richtig geschehenen Zustellung geliefert werden kann, so ist die Insinuation auch in diesem Falle nicht für ungültig zu halten.

2) Das Decret soll zunächst Demjenigen, an den es gerichtet ist, in eigener Person (in faciem, ad manus), und zwar in seiner Wohnung behändiget werden. Nur dann, wenn er selbst nicht anzutreffen ist, kann die Insinuation auch an seine Angehörigen, insbesondere an dessen Frau, erwachsene Kinder oder Dienstboten geschehen. Sollte aber auch von diesen Personen Niemand zu treffen seyn, oder von ihnen die Annahme des Decrets verweigert werden, so kann dasselbe von dem Boten in der Wohnung niedergelegt, oder wenn diese verschlossen seyn sollte, in Gegenwart von Nachbarn an die Thüre angeheftet werden.

Vgl. Fr. 4. §. 5. D. 39. 2.

G. G. O. Th. I. Tit. 38. §. 16. 17. 18.

Im Falle einer Streitgenossenschaft ist das Decret jedem Betheiligten besonders zu insinuiren, wenn sie nicht einen gemeinschaftlichen Anwalt haben.

Not.-Ordn. Tit. 2. §. 2.

3) An Sonntagen und kirchlichen Feiertagen soll, außerordentlich dringende Nothfälle abgerechnet, die Zustellung gerichtlicher Decrete unterbleiben.

c. 2 u. 11. C. 3. 12.

c. 1 u. 5. X. 2. 9.

Glück, Comm. III. §. 232.

4) Wohnt Derjenige, an welchen das Decret gerichtet ist, in einem fremden Gerichtsbezirke, so muß die Insinuation mittelbar durch ein Hülfsschreiben an den ordentlichen Richter des Betheiligten bewirkt werden.

Glück, a. a. O. §. 229.

Wirkung der Bekanntmachung.

§. 136.

Die Wirkungen der Bekanntmachung richterlicher Decrete beziehen sich theils auf die Parteien, theils auf den Richter selbst.

Für die Parteien entsteht die Verbindlichkeit, der in dem Decret getroffenen Anordnung Folge zu leisten, immer erst durch die förmliche Mittheilung oder Eröffnung des Decrets; selbst dann, wenn die Partei vielleicht schon früher zufällig von dem Inhalte des Decrets Kenntniß erhalten haben sollte.

Ist daher in demselben eine Frist vorgeschrieben, so fängt diese immer erst nach der geschehenen Mittheilung zu laufen an.

In Bezug auf den Richter ist aber zu unterscheiden zwischen Urtheilen im eigentlichen Sinne (s. g. Decisivdecreten) und einfachen Decreten.

Ein Urtheil kann, sobald es einmal den Parteien eröffnet worden ist, von dem erkennenden Richter selbst nicht mehr abgeändert werden, gesetzt auch, daß er sich nachher überzeugen sollte, einen Irrthum begangen zu haben. Der mit dem Urtheile unzufriedenen Partei bleibt daher nichts Anderes übrig, als der Gebrauch eines Rechtsmittels.

Fr. 14. 55. 62. D. 42. 1.

c. 3. C. 7. 57.

Einfache Decrete aber kann derselbe Richter, der sie erlassen hat, auch nach Eröffnung derselben wieder abändern oder aufheben.

Fr. 14. D. 42. 1.

Fr. 16. D. 39. 1.

Vorzügl. c. 60. X. 2. 28.

Der erste Grundsatz (bezüglich der Urtheile) unterliegt jedoch einigen Modificationen. Er ist nämlich

1) dann nicht anwendbar, wenn eine Partei gegen das zuerst ergangene Urtheil in intgr. restituirt wurde;

Fr. 42. D. 4. 4.

2) bilden gewissermaßen auch die deutschrechtlichen Anfechtungsmittel ohne Devolutiveffect (z. B. die Revision) eine Ausnahme von der aufgestellten Regel, indem hiebei wirklich der nämliche Richter, welcher das beschwerende Urtheil gesprochen hatte, um wiederholte Prüfung der Sache gebeten wird. Nur geschieht freilich die Revision nicht von ihm selbst, sondern — nur in seinem Namen — durch ein Spruchcollegium oder eine Juristenfacultät.

3) Ein in dem Urtheile begangener offenbarer Rechnungsverstoß (error calculi) kann gemäß

Fr. 1. §. 1. D. 49. 8.

von dem Richter, der ihn begangen hat, selbst und zwar

von Amtswegen verbessert werden. Unter error calculi ist aber hier, wie die in dem citirten Fr. 1. angeführten Beispiele zeigen, nur ein Verstoß gegen die Zahlenlehre, keineswegs aber auch ein Irrthum in der Beurtheilung der von den Parteien gemachten Rechnungsansätze, noch weniger ein von den Parteien selbst begangener Irrthum in dem Vortrage dieser Ansätze zu verstehen.

c. 2. C. 7. 52.

v. Linde, Handb. Bd. IV. S. 33 flg.

Gesterding, Ausbeute. Thl. III. S. 153 flg.

4) Auch die Verbesserung bloßer Schreibfehler ist dem Richter gestattet, insofern entweder durch diese Verbesserung der Sinn des Erkenntnisses überhaupt gar nicht alterirt wird, oder insofern sich aus dem Zusammenhange des Ganzen ergibt, daß der Richter nur Das im Sinne haben konnte, was die Worte nach der Verbesserung ausdrücken.

Fr. 46. D. 42. 1.

Diese Stelle spricht freilich nicht von dem Urtheile insbesondere, sondern von den Acten überhaupt, und enthält nur den Satz, daß die bei den schriftlichen Verhandlungen gebrauchten Ausdrücke verbessert werden dürfen, wenn nur der Sinn derselbe bleibt (*tenore sententiae* perseverante).

Heffter, Syst. S. 249.

Da jedoch das Urtheil vor der Eröffnung niedergeschrieben werden mußte, und dadurch auch ein Bestandtheil der Acten wurde, so läßt sich die Anwendung jener Stelle auf die Verbesserung fehlerhafter Ausdrücke in dem Urtheile allerdings rechtfertigen.

Schon die Glossatoren haben übrigens unter analoger Bezugnahme auf Fr. 21. §. 1. D. 28. 1. das Fr. 46. D. 42. 1. auch auf den Fall ausgedehnt, wenn es

sich nicht bloß um die Verbesserung eines Schreibfehlers im engeren Sinne, sondern um die Erläuterung eines zweideutigen Ausdruckes in dem Urtheile handelt.

Gloss. zu Fr. 46. cit.

„Vel dic secundo."

S. oben §. 134. nro. 12.

Endlich ist

5) im Römischen Rechte noch bestimmt, daß Dasjenige, was hinsichtlich der Festsetzung der einzelnen Folgen der condemnatio oder absolutio etwa vergessen worden wäre, nachträglich noch ergänzt werden dürfe; nur müsse es noch an dem Tage der Urtheilsverkündigung selbst geschehen.

Fr. 42. D. 42. 1.

Die heutige Anwendbarkeit dieser Vorschrift wird zwar von Mehreren bezweifelt;

Gensler, Comment. zu Martin (Ausg. von Morstadt) Bd. 2. S. 139.

v. Linde, Handb. Bd. IV. S. 32.

allein der dafür angeführte Grund scheint selbst mit den Worten des Fragments nicht im Einklange zu stehen.

Heffter, Syst. S. 330. not. 8.

Von der Rechtskraft.

Begriff.

§. 137.

Die Hauptaufgabe des Richters besteht darin, die ihm in concreto vorgetragenen factischen Verhältnisse unter das Gesetz zu subsumiren, und darnach auszusprechen, was unter den Parteien Rechtens sey. Da er sich

jedoch bei diesem Subsumtionsgeschäfte irren kann, so sind die streitenden Theile nicht schlechthin an seinen Ausspruch gebunden, sondern, wer sich dadurch verletzt glaubt, dem ist es gestattet, gegen das Urtheil Beschwerde zu führen, sich eines Rechtsmittels zu bedienen und dadurch eine wiederholte Prüfung der Sache zu veranlassen. Eine unbeschränkte Freiheit in dem Gebrauche der Rechtsmittel kann aber den Parteien doch auch nicht zugestanden werden, indem sonst bei der immer wiederkehrenden Möglichkeit des Irrthums die Processe endlos werden würden. Das positive Recht mußte daher, — während es zur Aufrechthaltung des materiellen Rechtes die Anfechtung richterlicher Urtheile zuließ, zugleich auch dieser Anfechtung eine bestimmte Gränze setzen, d. h. es mußte verordnen, daß unter gewissen Voraussetzungen ein Richterspruch nicht weiter mehr soll impugnirt werden können, sondern daß die Parteien unbedingt schuldig seyn sollen, sich demselben zu fügen, gesetzt auch, daß er ungerecht und irrig wäre. Diese Unanfechtbarkeit eines Urtheils nun nennt man jetzt Rechtskraft.

v. Savigny, Syst. Bd. VI. S. 257—264.

Hiebei ist jedoch in Ansehung des Sprachgebrauches eine Beschränkung zu bemerken. Wollte man nämlich den Ausdruck „Unanfechtbarkeit" im weitesten Sinne nehmen, so könnte ein Urtheil erst dann rechtskräftig genannt werden, wenn überhaupt gar kein Rechtsmittel mehr dagegen zulässig wäre.

In diesem ausgedehnten Sinne wird aber das Wort nicht gebraucht, sondern man versteht darunter nur die Unanfechtbarkeit durch die s. g. ordentlichen Rechtsmittel, z. B. durch Appellation, Revision u. dgl. Dadurch, daß gegen ein Urtheil vielleicht noch ein außerordentliches Rechtsmittel stattfinden könnte, läßt man

sich nicht hindern, das Urtheil doch rechtskräftig zu nennen, wenn nur kein remed. ordinar. mehr dagegen anwendbar ist.

Martin, Lehrb. §. 112 u. 265.
Reinhardt, Hdb. II. S. 301.

Dieser Sprachgebrauch ist nun zwar, insofern er das außerordentliche Rechtsmittel der *rest. i. i.* bei dem Begriffe der Rechtskraft unberücksichtiget läßt, wohl zu rechtfertigen. Aber ein Urtheil, welches mit einer unheilbaren Nichtigkeit behaftet ist, also juristisch eigentlich nicht existirt, dessen ungeachtet rechtskräftig zu nennen, wenn binnen zehn Tagen nicht dagegen appellirt wird, ist ein Verstoß gegen die Logik, welcher durch die Bemerkung, daß hier nur ein Anschein von Rechtskraft vorhanden sey,

C. H. Weber, Paraphrase zu Martins Lehrbuch. Stuttg. 1835. S. 322.

vielmehr zugestanden als beseitiget wird.

Der so eben entwickelte Begriff der Rechtskraft stammt übrigens dem Wesen nach schon aus dem Röm. Rechte. — Nur hat bei den Römern die Terminologie mit der allmähligen Veränderung der gerichtlichen Institutionen nicht gleichen Schritt gehalten. So lange nämlich die Appellation noch nicht in Uebung war, hatte jedes Definitivurtheil, sobald es den Parteien verkündet war, schon dieselbe Wirkung, welche jetzt nur einem rechtskräftigen Urtheile beigelegt wird. Die Begriffe einer „abgeurtheilten“ Sache (res judicata) und einer fernerhin nicht mehr „bestreitbaren“ fielen in Eins zusammen, weil eben noch kein Mittel zur ferneren Bestreitung existirte. — Seit der Einführung der Appellation gingen aber die Begriffe einer einmal abgeurtheilten, und einer nicht mehr bestreitbaren Sache

auseinander, weil in Folge jenes Rechtsmittels die schon einmal entschiedene Sache wieder neuerdings in Contestation gezogen werden konnte. Jetzt hätte man also entweder für noch anfechtbare Streitsachen einen anderen Ausdruck, als „res judicata“ wählen, oder, wenn man diesen Ausdruck beibehalten wollte, die nicht mehr anfechtbaren durch irgend einen Zusatz auszeichnen sollen. Beiläufig ist dieses auch wirklich geschehen, z. B. in

Fr. 23. §. 2. D. 12. 6.

(Sententia indubitata, quae nullo remedio adtemptari potest);

allein zu einem vorherrschenden Sprachgebrauche ist es in dieser Hinsicht nicht gekommen. Erst das canonische Recht hat den Unterschied, welchen das Römische der Sache nach bereits anerkannt und stillschweigend vorausgesetzt hatte, auch durch bestimmte Worte ausgesprochen, indem es die auctoritas rei judicatae nur einem nicht mehr appellablen Urtheile beilegte.

c. 15. X. 2. 27.

Daß das Princip der Rechtskraft in einzelnen Fällen zu einem Resultate führen kann, welches mit dem wirklichen Rechte in Widerspruch steht, ist allerdings nicht zu läugnen. Wenn man aber einerseits bedenkt, daß diese Fälle bei dem Bestehen mehrerer Instanzen doch nur zu den seltenen Ausnahmen gehören; daß offenbar ungültige Urtheile der Rechtskraft ohnehin nicht fähig sind; daß zu große Härten selbst nach dem Eintritte der Rechtskraft noch durch die restit. i. i. ausgeglichen werden können; — andererseits aber in Erwägung zieht, daß eine gränzenlose Gestattung der Anfechtung und Abänderung richterlicher Urtheile unvermeidlich die Endlosigkeit der Processe und den Untergang eines gesicherten

Rechtszustandes, also ein ungleich größeres Uebel zur Folge haben würde;

Fr. 6. D. 44. 2.

Fr. 65. §. 2. D. 36. 1.

so hat man gleichwohl alle Ursache, die Sanction jenes Princips durch die positive Gesetzgebung, — wie Justus Möser sich ausdrückt, — „mit dankbarem Herzen anzuerkennen."

J. Möser, Patriot. Phantasien. Thl. IV. S. 113 bis 117.

S. auch v. Savigny, Syst. Bd. VI. S. 259 flg.

Von den Decreten, welche der Rechtskraft fähig sind.

§. 138.

Dem neueren Röm. Rechte zufolge konnte nur das Endurtheil rechtskräftig werden; denn der urtheilende Richter selbst durfte es nicht mehr abändern, sobald es einmal publicirt war; und der Oberrichter ebensowenig, wenn nicht binnen der gesetzlichen Frist die Appellation dagegen eingelegt worden war.

S. oben §. 136.

Bloße Interlocute aber, — gleichviel ob sie nur den Proceßgang betrafen, oder die Hauptstreitfrage selbst berührten, — waren der Rechtskraft nicht fähig. Denn einmal konnten sie von demselben Richter, welcher sie erlassen hatte, auch nach geschehener Eröffnung noch zurückgenommen oder abgeändert werden; —

S. oben §. 136.

geschah aber Dieses nicht, so brauchte die beschwerte Partei doch nicht sogleich jetzt schon innerhalb einer

zehntägigen Frist dagegen zu appelliren, sondern sie konnte ihre deßhalbige Beschwerde auch noch in der Apellation gegen das Endurtheil nachholen, und dadurch auch jetzt noch eine Abänderung bewirken.

c. 36. C. 7. 62.

Ja eine Zwischenappellation gegen bloße Interlocute war nach Röm. Rechte in der Regel nicht einmal zulässig.

c. 36. cit.
c. 16. C. 3. 1.
c. 16. C. 7. 45.
Planck, vom Beweisurth. S. 101—111.

Das canonische Recht ließ zwar die Appellation auch gegen Interlocute zu,

c. 12. X. 2. 28.
Vgl. das spätere c. 59. X. eod.

ohne jedoch dem interloquirenden Unterrichter die ihm nach Römischem Rechte zustehende Befugniß des Selbstabänderns zu entziehen,

c. 60. X. 2. 28.

und ohne die verletzte Partei zu nöthigen, die Appellation schon im Laufe des Processes einzuwenden, welcher es vielmehr auch jetzt noch frei stand, die Beschwerdeführung gegen das Interlocut bis zur Appellation gegen das Endurtheil zu verschieben. Erst durch Bonifaz VIII. wurde diese Freiheit theilweise beschränkt, indem er in

c. 12. in 6to 2. 15.

einen Unterschied machte zwischen solchen Interlocuten, durch welche eine, die Hauptsache selbst betreffende (principali negotio praejudicans), oder das Verfahren als nichtig darstellende (judicium nullum reddens) Einrede verworfen wurde, und anderen Zwischenbescheiden; — und der Partei nur in Fällen der ersten Art die Wahl

ließ, entweder sogleich zu appelliren, oder mit der Beschwerdeführung bis zu dem Endurtheile zuzuwarten.

Vgl. Clem. 7. 2. 12.

In Folge dieser Bestimmung konnte also dazumal wenigstens ein Interlocut über einen Streitpunkt, welcher der Hauptsache in keiner Weise präjudicirte, z. B. über eine dilatoria except., allerdings rechtskräftig werden. — Die Doctrin bahnte sich aber, ausgehend von den Grundsätzen des Röm. Rechts, in dieser Hinsicht schon frühzeitig einen andern Weg, welcher nachher auch in der Praxis allgemein befolgt wurde. Das Röm. Recht hatte nämlich zwar allerdings nun dem Endurtheile die Fähigkeit zur Rechtskraft beigelegt. Allein man glaubte, zum Theile durch das Röm. Recht selbst dazu veranlaßt, daß manche Interlocute in ihren Consequenzen für eine Partei eben so nachtheilig seyn könnten, wie eine definitive Abweisung oder Verurtheilung. Dergleichen Beiurtheile nannte man nun interlocut. vim definitivae habentes, und wandte auch auf sie die römischen Grundsätze über das Endurtheil an, — erklärte sie also, wie dieses, für irrevocabel,

Gloss. „Inanes“ ad c. 17. in 6to 1. 6.

Gaill, Obs. lib. I. Obs. 130. nro. 6.

und gestattete nicht bloß dagegen die Appellation, sondern ließ sie auch, wenn dieses Rechtsmittel nicht sofort dawider ergriffen wurde, rechtskräftig werden.

Planck a. a. O. S. 134. c. flg.

Weil man sich jedoch weder über einen allgemeinen Begriff der interlocutoria vim defin. habens, noch über die Feststellung einer Casuistik in dieser Hinsicht vereinigen konnte, so legte man in neuerer Zeit das entscheidende Gewicht darauf, ob dem richterlichen Ausspruche ein Verfahren vorausgegangen war, in welchem beide

Theile Gelegenheit hatten, sich über die zu entscheidende Frage zu erklären oder nicht. In dem ersten Falle hält man den Ausspruch des Richters für rechtskraftfähig, in dem letzten nicht.

S. oben §. 133 II.

Auch diese neuere Theorie hat zwar von mehreren Seiten besonders aus dem Grunde Widerspruch erfahren, weil sie die Möglichkeit des Eintrittes der Rechtskraft auch auf solche richterliche Beschlüsse ausdehnt, welche weder nach dem Inhalte der gesetzlichen Quellen, noch nach der allgemeinen und constanten Auffassung der älteren Schule und Praxis der Rechtskraft fähig seyn würden.

S. z. B. Brackenhöft, Erört. §. 171.
v. Pape im Arch. f. civ. Prax. Bd. XXX. S. 107 flg.
Runde im Archiv für die Praxis des Oldenburger Rechts. Bd. III. S. 165 flg.
Vgl. auch Planck, Beweisurtheil. S. 163 flg.

Da jedoch Diejenigen, welche die ältere Ansicht festhalten zu müssen glauben, die Aufstellung eines Begriffes der interlocutoria vim definit. habens nicht umgehen können, eine Vereinigung über diesen Begriff aber jetzt wohl ebensowenig gelingen wird, wie ehemals; so dürfte die neuere Theorie nicht bloß wegen der inneren Gründe, die für sie sprechen, sondern auch deßhalb den Vorzug verdienen, weil sie einen leicht erkennbaren und sicheren Anhaltpunkt für diese Anwendung darbietet.

Sowohl bei den Anhängern der älteren als der neueren Ansicht findet man übrigens die beschränkende Bemerkung, daß auch bei solchen Decreten, welche der Rechtskraft fähig sind, nur die Entscheidung selbst, nicht auch die Entscheidungsgründe diesen Charakter annehmen können.

Um aber bestimmen zu können, ob an dieser Bemerkung, welche eine directe, allgemeine gesetzliche Vorschrift weder für, noch gegen sich hat, etwas Wahres ist, muß man sich vor Allem klar zu machen suchen, welche Aeußerungen und Erklärungen des Richters als Entscheidungsgründe zu betrachten sind. Erst dann läßt sich eine Ansicht darüber begründen, ob auch in dieser Beziehung von einer Rechtskraft die Rede seyn könne oder nicht. — Der Unterschied zwischen Urtheil und Urtheilsgründen ist nun nicht selten bloß mit Rücksicht auf die äußere Redactionsform bei der schriftlichen Ausfertigung der Erkenntnisse bestimmt worden. Weil es nämlich üblich ist, den Aufsatz in zwei Abschnitte zu theilen, von welchen der erste die Ueberschrift „Urtheil", der zweite aber die Rubrik „Entscheidungsgründe" führt, so haben mehrere Praktiker alle Bemerkungen, welche in dem zweiten Abschnitte vorkommen, auch wirklich als Entscheidungsgründe gelten lassen und als solche beurtheilt.

Z. B. *Wernher,* Obs. P. IV. Obs. 172.

Claproth, Einleitung in den ordentl. Proceß. II. §. 210.

Allein in diesem Sinne würde der oben angeführte Satz nur dann kein Bedenken erregen, wenn man voraussetzen könnte, daß in die Urtheilsformel wirklich jedesmal nur Entscheidungen, und zwar alle Entscheidungen aufgenommen würden, welche der Richter in dieser Sache auszusprechen sich veranlaßt fühlte; — in den gesonderten Abschnitt der „Entscheidungsgründe" aber nur die reinen Motive allein. Da jedoch der Erfahrung zufolge diese Voraussetzung nichts weniger als allgemein zutrifft, und nicht selten bloße Gründe in der Urtheilsformel, noch öfter aber wirkliche Decisionen unter der Rubrik der Entscheidungsgründe vorgetragen werden,

so würde jener mechanischen Regel zufolge der Umfang der Rechtskraft lediglich von dem Zufalle abhängen. Ja, da bei manchen Gerichten Urtheil und Urtheilsgründe gar nicht äußerlich getrennt, sondern mit einander vermischt und verflochten werden, so müßte man consequent annehmen, daß bei diesen Gerichten stets auch alle Entscheidungsgründe rechtskräftig werden, bei anderen Gerichten hingegen, bei welchen dieser Styl nicht üblich ist, — nicht.

Der Unterschied zwischen dem Urtheile selbst und den Urtheilsgründen muß daher nach dem inneren Gehalte beider bestimmt werden.

Darüber ist aber Folgendes zu bemerken:

Jeder selbstständige Antrag, welchen eine Partei an den Richter stellt, enthält am Schlusse ein bestimmtes Begehren, ein Gesuch, dessen Gewährung sie von dem Richter wünscht. Wenn nun der Richter auf dieses Gesuch eine bestimmte Antwort ertheilt, also dasselbe entweder gewährt oder zurückweist, so nennt man diesen Ausspruch überhaupt einen Bescheid, und insofern demselben eine gehörige Instruction der Sache vorausgegangen war, ein Urtheil im engeren Sinne des Wortes. Das Urtheil ist daher der herkömmlichen gemeinrechtlichen Auffassung zufolge bloß die kurze Antwort des Richters auf das Petitum.

Diese Antwort soll aber nicht ein Ausfluß persönlicher Willkür seyn, sondern das Resultat einer vorher angestellten sorgfältigen Erwägung. Gleichwie der Antragsteller sein Petitum aus zweierlei Prämissen ableitet, nämlich aus Rechtssätzen und Thatsachen, ebenso soll auch der Richter das Gesuch in dieser zweifachen Richtung prüfen, d. h. er soll untersuchen, ob dasselbe, — die Wahrheit der angeführten Thatsachen vorausgesetzt, —

rechtlich begründet, — und wenn dieses der Fall ist, ob die Thatsachen selbst in dem concreten Falle juristisch gewiß sind. Die logischen und exegetischen Erörterungen nun, welche der Richter in Folge des angestellten Prüfungsgeschäftes den Parteien mittheilt, und die die Prämissen bilden, aus welchen sich sein Bescheid, wie die Conclusion aus den Prämissen eines Vernunftschlusses ergibt, sind die Entscheidungsgründe. Man kann daher sagen: „Das Urtheil in seiner reinen, abstracten Form bezieht sich nur auf das Gesuch des bestrittenen Antrages; die Urtheilsgründe aber beschäftigen sich mit den rechtlichen und thatsächlichen Fundamenten desselben.

Hiebei sind jedoch noch zwei Modificationen zu bemerken:

a) Wenn der Gegner des Antragstellers die Intention desselben nicht durch bloßes Verneinen, sondern durch selbständige Gegenanträge (Einreden) zu entkräften suchte, so wird der Ausspruch des Richters über die Statthaftigkeit und Wirksamkeit dieser Einreden nicht selten auch als bloßer Entscheidungsgrund für das Urtheil über den primitiven Hauptantrag vorgetragen. Vom logischen Standpunkt aus betrachtet, ist auch gegen diese Stellung nichts zu erinnern, weil das Urtheil über den Hauptantrag auch von dem Schicksale der dagegen vorgebrachten Einreden abhängen kann. Allein processualisch aufgefaßt erscheinen die Aussprüche des Richters über Einreden (sowie auch über Repliken und Dupliken) selbst als Entscheidungen (Unterentscheidungen),

Heise u. Cropp, jurist. Abh. II. S. 235.

weil auch die Einreden selbständige Anträge sind. — Bestände die Eventualmaxime nicht, würde also die Einrede erst vorgebracht und verhandelt, nachdem über die

Klage bereits entschieden wäre, so könnte darüber gar kein Zweifel entstehen. Durch die zufällige Form der gleichzeitigen Verhandlung können aber die Begriffe nicht verändert werden.

H. Buchka, Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverh. II. S. 183.

b) Außer den Erörterungen über die rechtlichen und factischen Grundlagen des zu entscheidenden Antrages kommen bei Gelegenheit der Motivirung des Urtheils, besonders im Falle einer minder sorgfältigen Redaction, wohl auch noch andere Aeußerungen und Bemerkungen vor, welche mit dem Urtheile selbst in keiner logischen Verbindung stehen. Diese verdienen aber wegen des mangelnden Zusammenhanges gar nicht Entscheidungsgründe genannt zu werden.

Wenn man nun nach dieser Bestimmung des Begriffes der Entscheidungsgründe die Frage stellt, ob dieselben der Rechtskraft fähig seyen, so dürfte dieselbe auf folgende Art zu beantworten seyn:

A. Bemerkungen und Aeußerungen, welche mit dem Urtheile selbst nicht zusammenhängen (s. vorher lit. b), kommen ohnehin gar nicht in Betracht. Von einer Rechtskraft kann daher hiebei noch weniger die Rede seyn. Nur an solche Aeußerungen scheinen bei der Beantwortung der vorliegenden Frage gedacht zu haben

Cocceji, Jus controv. lib. 42. tit. 1. qu. 8.

Pufendorf, observ. I. 155.

Berger oecon. jur. lib. 4. tit. 22. th. 4. not. 6.

Vgl. ***J. H. Boehmer,*** J. E. P. lib. II. tit. 27. §. 14. „si plus in iis determinatum" etc.

B. Hinsichtlich der wirklichen Entscheidungsgründe d. h. hinsichtlich der Rechtsregeln, auf welche sich der Richter beruft, und hinsichtlich der Annahme oder Nicht-

annahme der Gewißheit erheblicher Thatsachen ist jedenfalls so viel außer Zweifel, daß ihnen eine eigene, selbständige Rechtskraft gegen den Inhalt des Urtheils selbst nicht beiwohnen kann. Wenn sie also auch wirklich, anstatt das Urtheil zu unterstützen, demselben widersprechen sollten, so würde gleichwohl jene Partei, die mit dem Urtheile zufrieden wäre, nicht nöthig haben, zu appelliren. Die mit dem Urtheile unzufriedene Partei würde sich aber auf eine Rechtskraft solcher Entscheidungsgründe ebenfalls nicht berufen können, wenn der siegende Gegner auf den Vollzug des Urtheils nach eingetretener Rechtskraft desselben antrüge. — Nur dann, wenn aus den Entscheidungsgründen sich ergeben sollte, daß „coa jus clarum in thesi" erkannt worden sey, würde hievon nach Röm. Rechte eine Ausnahme zu machen seyn, aber nicht deßwegen, weil in diesem Falle die Entscheidungsgründe rechtskräftig werden, sondern weil das Urtheil selbst nichtig wäre.

Wenn aber die Entscheidungsgründe mit dem Urtheile in Einklang stehen, und in der Folge die Frage entsteht, ob und in welchem Umfange die Wirkung der Rechtskraft eintreten soll, so sind allerdings diejenigen Motive, welche in dieser Hinsicht als maßgebend erscheinen, als die nächste und sicherste Interpretationsquelle zu Hülfe zu nehmen, und mit der abstracten Formel des Urtheils im Gedanken zu verbinden, indem es sonst oft kaum möglich wäre, insbesondere die exceptio rei judicate in Gemäßheit der über dieses Schutzmittel bestehenden gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung zu bringen.

Vgl. z. B. Fr. 9. Fr. 17. Fr. 18. pr. D. 44. 2. Fr. 7. §. 1. D. 16. 2.

Insofern kann man sagen, daß auch die Entscheidungsgründe an der Rechtskraft des Urtheils Theil nehmen.

Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts. 260.

Buchka, Einfluß des Proc. auf das mater. Rechtsverh. II. S. 207 flg.

Vor Allen aber v. Savigny, System. Bd. VI. S. 350—407.

C. Wenn unter den Entscheidungsgründen eines Urtheils über die Hauptklage auch Aussprüche des Richters über die Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit vorgebrachter Einreden, Repliken, Dupliken u. s. w. vorkommen, so sind dieselben allerdings der Rechtskraft fähig. Denn dergleichen Aussprüche sind selbst Entscheidungen (s. oben lit. a.).

Fr. 7. §. 1. D. 16. 2.

Indessen scheint doch der Rechtskraft einer bloß eine Einrede betreffenden Entscheidung nicht die volle Wirkung beigelegt werden zu können, welche sie bezüglich des Urtheils über die Klage haben kann. Das Urtheil über die Klage kann nämlich auf doppelte Art ausfallen; es kann entweder eine Condemnation des Beklagten enthalten, oder eine Lossprechung desselben. In dem ersten Falle besteht die gewöhnliche Wirkung der Rechtskraft darin, daß der siegende Kläger auf Execution antragen kann (actio judicati); in dem zweiten Falle aber darin, daß sich der losgesprochene Beklagte mit der except. rei judicatae gegen die wiederholte Durchführung derselben Klage schützen kann. — Bezüglich einer Einrede ist aber keine condemnatio des Klägers möglich, sondern entweder wird die Einrede anerkannt, und dann wird der Beklagte von der Klage entbunden; oder die Einrede wird verworfen, und in diesem Falle wird (wenn die Klage

bewiesen ist) der Beklagte verurtheilt. Da nun die actio judicati immer eine Condemnation des Gegners voraussetzt, so kann diese Weisung der res judicata einem rechtskräftigen Ausspruche über eine Einrede nicht zugeschrieben werden. Diese Beschränkung ist besonders in dem Falle von praktischem Einflusse, wenn einer vom Richter anerkannten Einrede ein Recht zu Grunde liegt, welches auch mit einer selbständigen Klage verfolgt werden könnte, und wenn dieses Recht nicht seinem vollen Umfange nach aufgebraucht werden muß, um die Klage zu entkräften, wie dieses z. B. bei der except. compensationis in Folge einer die Forderungssumme des Klägers übersteigenden Gegenforderung zutrifft. In diesem Falle kann nämlich der Beklagte, wenn auch wirklich seine Einrede anerkannt wurde, doch den Mehrbetrag seiner Gegenforderung nicht ohne Weiteres mit der actio judicati verfolgen, sondern er muß deßhalb eine neue Klage stellen, deren Erfolg aber allerdings durch das ergangene Urtheil sehr gefördert wird. Die Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung einer Einrede zeigt sich daher vorzugsweise nur darin, daß im Falle der Verwerfung derselben der Kläger die except. rei jud. gebrauchen kann, wenn der Beklagte das der Einrede zu Grunde liegende Recht späterhin klageweise wider denselben Gegner verfolgen wollte.

Vgl. hierüber den (freilich noch unvollendeten) Aufsatz von Friedr. Pfeiffer im Arch. für civ. Prax. Bd. XXXVII. S. 93—125.

Außer den bereits angeführten Schriften s. überhaupt noch Rud. Brinkmann über die richterlichen Urtheilsgründe. Kiel 1826.

Entstehung der Rechtskraft.

§. 139.

Ein Urtheil kann überhaupt auf doppelte Art rechtskräftig werden, nämlich

I. durch den Willen der Parteien selbst, oder

II. ohne ihren Willen, kraft unmittelbarer gesetzlicher Vorschrift.

Ersteres ist der Fall, wenn

A. ausdrücklich auf den Gebrauch der ordentlichen Rechtsmittel Verzicht geleistet wurde, oder noch vor dem Urtheile des Oberrichters Verzicht geleistet wird.

Daß vor der Eröffnung des Urtheils, gegen welches im Falle einer Beschwerde den Parteien die Appellationsbefugniß zustehen würde, — sowohl beide Parteien, als auch eine allein gültiger Weise auf diese Befugniß renunciren könne, kann bei dem klaren gesetzlichen Ausspruche hierüber mit Grund nicht in Zweifel gezogen werden.

Fr. 1. §. 3. D. 49. 2.

Vgl. C. G. O. v. 1555. II. 28. §. 2.

Ueber unerhebliche Gegengründe s. v. Linde, Handb. IV. S. 419. nro. 1.

Eben so gewiß ist die Zuläßigkeit eines ausdrücklichen, einseitigen oder beiderseitigen Verzichtes auf den Gebrauch ordentlicher Rechtsmittel in dem Falle, wenn zwar das Urtheil schon eröffnet, aber noch kein Rechtsmittel dagegen eingelegt worden ist, weil in diesem Falle nach der einstimmigen Vorschrift aller gesetzlichen Quellen selbst ein stillschweigender Verzicht als zuläßig und wirksam erscheint (s. unten lit. B.).

Selbst dann, wenn gegen das publicirte Urtheil von einer Partei schon wirklich ein Rechtsmittel eingelegt worden ist, kann diese noch zurücktreten (das Rechtsmittel fallen lassen), ohne hiezu der Beistimmung des Gegners zu bedürfen, so lange noch der Zeitpunkt nicht eingetreten ist, in welchem das Rechtsmittel gemeinschaftlich wird.

c. 28. C. 7. 62.

c. 70 §. 2. X. 2. 28.

c. 4. in 6to 2. 15.

c. 10 in 6to 1. 6.

Nur ist der Zurücktretende verpflichtet, seinem Gegner die etwa durch die Einwendung des Rechtsmittels verursachten Kosten zu ersetzen.

c. 70. §. 2. X. cit.

Nach dem älteren Röm. Rechte war zwar die Zurücknahme der einmal interponirten Appellation untersagt, wahrscheinlich aus dem Grunde, damit dadurch nicht etwa die Strafbestimmungen gegen grundlose Appellationen vereitelt würden.

c. 48. C. Th. 11. 30.

Allein schon Kaiser Honorius gestattete den Rücktritt wenigstens intra triduum nach geschehener Interposition,

c. 56. C. Th. eod.

und Justinian ließ auch diese Zeitbestimmung bei der Aufnahme der Constitution des Kaisers Honorius in seine Sammlung hinweg.

c. 28. C. 7. 62.

Ist aber das eingelegte Rechtsmittel von dem Beschwerdeführer schon bis zu dem Stadium verfolgt worden, in welchem dasselbe gemeinschaftlich wird, d. h. auch dem Gegner zu Statten kommt, dann kann er durch

seinen einseitigen Rücktritt wenigstens dem Gegner das Recht nicht mehr entziehen, das Verfahren in seinem Interesse fortzusetzen. Soll daher auch in diesem Stadium noch das ganze Verfahren niedergeschlagen werden, so müssen beide Parteien zustimmen; und zwar nach Justinians Bestimmung in einer schriftlichen Erklärung.

c. 5. §. 6. C. 7. 63.
c. 35. X. 2. 28.
v. Linde, Handb. IV. §. 119, 120 u. 123. S. 422. lit. b.

B. Nicht bloß durch ausdrücklichen, sondern auch durch stillschweigenden Verzicht der Partei auf den Gebrauch ordentlicher Rechtsmittel kann ein Urtheil rechtskräftig werden.

Ein stillschweigender Verzicht dieser Art (welcher sich übrigens wohl nur erst nach der Publication des Urtheils denken läßt) dürfte nun zwar nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nur dann angenommen werden, wenn die Partei, welche entweder gegen das Urtheil ein Rechtsmittel einwenden könnte, oder ein solches schon eingewandt hatte, eine Handlung vornimmt, die schon nach den Gesetzen der Logik und der Erfahrung keine andere Auslegung zuläßt, als die, daß der Handelnde dabei die Absicht hatte, das Urtheil überhaupt nicht anzufechten, oder die angekündigte Anfechtung wieder aufzugeben. —

Allein das gemeine Recht setzt wenigstens in einem Falle auch eine bloße Vermuthung der stringenten Schlußfolgerung gleich, d. h. es nimmt einen Verzicht an, obgleich das Benehmen der Partei auch aus anderen Gründen erklärt werden könnte, als bloß aus dem, das Urtheil nicht anfechten zu wollen.

Der stillschweigende Verzicht auf die ordentlichen Rechtsmittel ist daher nach gemeinem Rechte von doppelter Art, entweder ein natürlicher oder ein gesetzlich fingirter.

Die Fälle, in welchen ein natürlicher Verzicht anzunehmen ist, lassen sich nicht erschöpfend aufzählen. In dieser Beziehung hängt alles von den Umständen und von dem Ermessen des Richters ab. Nicht zu bezweifeln, und selbst in den Gesetzen anerkannt ist jedoch ein solcher Verzicht, wenn der Verurtheilte dem richterlichen Ausspruche selbst Folge leistet, oder auch nur um Ertheilung einer Frist zu diesem Zwecke nachsucht;

c. 5. C. 7. 52.

und zwar ohne Unterschied, ob Dieses noch vor der Einwendung eines Rechtsmittels, oder erst später geschieht, z. B. wenn eine Partei zwar anfänglich gegen die Beweisauflage appellirte, nachher aber doch den ihr aufgelegten Beweis wirklich antritt.

c. 20. X. 1. 29.

Vgl. c. 25. X. 2. 20.

Aus dem Umstande allein aber, daß ein streitender Theil nach eingewandter Appellation noch irgend einen anderen, nicht auf Anerkennung oder Befolgung des angefochtenen Urtheils abzielenden Antrag bei dem Unterrichter anbringt, während er denselben doch wegen der Devolutivwirkung der Appellation bei dem Oberrichter hätte anbringen sollen, kann ein Verzicht auf die Appellation nicht gefolgert werden; obgleich das Gegentheil viele und bedeutende Autoritäten für sich hat; z. B.

v. Gönner, Hdb. III. Abh. 57. §. 35.

Heise u. Cropp, Jurist. Abh. II. Abh. 12. S. 332 u. 333. und die in der Note 5 Angeführten.

Dagegen aber v. Linde, Hdb. IV. S. 421—431.

Jedenfalls kann die Partei das Recht, die eingelegte Berufung fortzusetzen, dadurch erhalten, daß sie mit dem Antrage, der vielleicht zur Annahme eines stillschweigenden Verzichtes Veranlassung geben könnte, eine geeignete Verwahrung verbindet. Ueber die Auslegung des vielfach für die entgegengesetzte Ansicht angeführten

c. 54. X. 2. 28.

s. Heise u. Cropp a. a. O. S. 335 flg.

Gesetzlich fingirt wird aber der Verzicht auf den Gebrauch oder die Fortsetzung der ordentlichen Rechtsmittel in dem Falle, wenn eine Partei zehn Tage nach der Verkündung des Urtheils verstreichen läßt, ohne ein Rechtsmittel eingewandt zu haben, oder wenn sie nach geschehener Einwendung eine später eintretende Nothfrist in dem eingeleiteten Verfahren versäumt.

c. 3. C. 1. 21.
c. 4. C. 7. 46.
c. 1. C. 7. 67.
Nov. 23. c. 1.
c. 15. X. 2. 27.

„cum videatur per ***interpretationem juris*** latae sententiae paruisse."

c. 6. in 6to 2. 15.

II. In Folge unmittelbarer gesetzlicher Vorschrift tritt aber die Rechtskraft schon im Momente der Verkündung des Urtheils dann ein, wenn dasselbe entweder schon in der letzten Instanz gesprochen wurde, oder wenn in dem gegebenen Falle der Gebrauch der Appellation und der übrigen ordentlichen Rechtsmittel aus einem besonderen Grunde gesetzlich ausgeschlossen ist. Von den einzelnen Fällen dieser Art wird jedoch zweckmäßiger später in der Lehre von den Rechtsmitteln gehandelt werden.

Von den Wirkungen der Rechtskraft.

§. 140.

Der Gedanke, daß einerseits das Privatrecht durch die öffentliche Gewalt geschützt, andererseits aber durch das rechtskräftige Urtheil jeder fernere Streit über das entschiedene Verhältniß abgeschnitten werden soll, führt unvermeidlich zur Aufstellung der Fiction „res judicata pro veritate accipitur."

Fr. 25. D. 1. 5.
Fr. 207. D. 50. 17.

Der Sinn dieser Fiction ist der, daß in jedem Falle angenommen wird, das Rechtsverhältniß der streitenden Theile sey in der That so beschaffen, wie dasselbe in dem Urtheile festgestellt wurde, selbst dann, wenn diese Feststellung auf einem Irrthum des erkennenden Richters beruhen sollte.

Fr. 65. §. 2. D. 36. 1.
Fr. 12. §. 3. D. 38. 2.
Fr. 1. §. 4. D. 43. 30.
Fr. 56. D. 42. 1.

Nur in dieser formell anerkannten Gestalt ist den Privatrechtsverhältnissen der Betheiligten der directe Schutz der öffentlichen Gewalt zugesichert.

Dieser Schutz ist von doppelter Art. Er besteht 1) bald in der obrigkeitlichen Anwendung von Zwangsmitteln zum Zwecke der wirklichen Erfüllung jener Leistungen, welche einer Partei durch ein rechtskräftiges Urtheil aufgelegt wurden (Execution); bald 2) in der Zurückweisung späterer Ansprüche, welche mit dem Inhalte des rechtskräftigen Urtheils in Widerspruch stehen würden.

Der Schutz der ersten Art wird erlangt durch ein einfaches Executionsanrufen (imploratio officii judicis), oder auch durch die *actio judicati.* Zur Erlangung eines Schutzes der zweiten Art dient aber die *exceptio rei judicatae.*

Die actio kann nur in dem Falle vorkommen, wenn das Urtheil eine condemnatio, oder das Gebot einer bestimmten Leistung oder Unterlassung enthält, und ist auch in diesem Falle nur dann nothwendig, wenn der Verurtheilte dem richterlichen Auftrage nicht freiwillig Folge leistet.

Keller, über Litiscont. S. 218.
v. Savigny, Syst. VI. S. 321.
Vgl. noch oben §. 138. S. 440.

Ueber die actio judicati überhaupt s.
Zimmern, Röm. R. G. III. §. 138.
Heffter, Syst. §. 272, 516 u. 517.
v. Linde in s. Zeitschr. II. S. 180.
v. Wächter, Erört. III. S. 50. not. 47.

Das Nähere darüber wird unten in der Lehre von der Execution des Urtheils vorkommen.

Ueber die exceptio rei judicatae sind aber folgende Grundsätze zu bemerken:

I. Der gewöhnlichste Fall, in welchem diese Einrede gebraucht wird, ist der, wenn der Kläger mit seinem Anspruche rechtskräftig abgewiesen wurde, dessen ungeachtet aber denselben Anspruch gegen den Beklagten neuerdings erhebt. In der Regel ist also die exceptio die Folge eines lossprechenden Urtheils.

Indessen kann sie doch auch zuweilen aus einem condemnirenden Urtheile abgeleitet werden, namentlich in solchen Fällen, in welchen das bestrittene Recht von der Art war, daß dasselbe, wenn es dem Kläger

zuerkannt wurde, dem Beklagten gar nicht zustehen kann, dieser aber gleichwohl das nämliche Recht, nach seiner Verurtheilung wider den ehemaligen Kläger und Sieger geltend machen will.

Fr. 15. D. 44. 2.

Keller, über Litiscont. S. 224.

v. Savigny, Syst. VI. S. 323.

Fr. 30. §. 1. D. 44. 2.

Fr. 40. §. 2. D. 3. 3.

v. Savigny, a. a. O. S. 314.

Daraus folgt

II. von selbst, daß die except. rei jud. nicht bloß von dem vormaligen Beklagten (dem sie übrigens allerdings öfter zustehen wird), sondern zuweilen auch von dem vormaligen Kläger gebraucht werden kann. Mit Erfolg kann sich ihrer aber immer nur jene Partei bedienen, zu deren Vortheil im vorigen Processe erkannt worden war. Denn wenn gleich in einigen Stellen die Einrede auch dem früher condemnirten Beklagten gegen den die ursprüngliche Klage erneuernden Kläger in den Mund gelegt wird, so ist dabei zugleich bemerkt, daß der Kläger die Einrede durch die replicatio entkräften könne: „si secundum me non judicatum est;"

Fr. 16. §. 5. D. 20. 1.

Fr. 9. §. 1. D. 44. 2.

und in Fr. 16. D. 44. 2. wird als allgemeine Regel ausgesprochen „evidenter iniquissimum esset, proficere rei judicatae exceptionem ei, contra quem judicatum est".

Heffter, Syst. §. 270 a. E.

III. Die Einwendung, daß die Sache bereits rechtskräftig entschieden sey, wird zwar in den meisten Fällen als *exceptio* gegen die Klage anwendbar seyn. Unter

Umständen kann sie aber auch als replicatio gegen eine Einwendung des Beklagten, oder auch als duplicatio u. s. w. gebraucht werden.

Fr. 24. D. 44. 2.

IV. In allen bisher bezeichneten Fällen und Formen hat sie jedoch nur unter der Bedingung einen Erfolg „si *eadem quaestio* inter *easdem personas* revocatur;"

Fr. 3. u. Fr. 7. §. 4. D. 44. 2.

d. h. die exceptio rei judicatae ist nur dann wirksam, wenn

1) die gerichtliche Verhandlung des neuen Angriffes wieder auf dieselbe concrete Streitfrage zurückführen würde, über welche bereits in dem vorigen Processe rechtskräftig entschieden worden ist; und wenn sich zugleich

2) bei dem neuen Angriffe die nämlichen Parteien einander gegenüberstehen, welche den vorigen Rechtsstreit durchgeführt haben.

Zu 1.

Die mannigfaltigen Anwendungen, welche von dem ersten Satze in Bezug auf einzelne Fälle in dem Corpus juris gemacht werden, gewähren das Resultat, daß weder eine bloße Verschiedenheit in dem Objecte der neuen Klage, — oder in dem Zwecke derselben, noch eine Verschiedenheit der Parteirollen in der neuen Stellung der streitenden Theile, noch endlich der Umstand, daß die in dem vorigen Processe entschiedene Hauptstreitfrage in dem neuen Processe nur eine bedingende Vorfrage bildet, die exceptio rei judicatae unbedingt und unter allen Umständen ausschließt. Daß eine bloße Veränderung in der Benennung der Klage diese Wirkung nicht hat, ist noch weniger zu bezweifeln. — Eine voll=

ständige und überaus lichtvolle Interpretation der hieher gehörigen Stellen s. in

v. Savigny Syst. Bd. VI. S. 422—453.

Hinsichtlich der Frage, ob durch eine Verschiedenheit des Erwerbsgrundes, aus welchem das in beiden Klagen verfolgte Recht abgeleitet wird, die Anwendung der exceptio rei judicatae verhindert werde, ist nach Röm. Rechte zu unterscheiden zwischen persönlichen und dinglichen Klagen. Bei den ersteren ist die Bejahung dieser Frage außer Zweifel, weil durch die Veränderung des Entstehungsgrundes einer obligatio diese selbst ihre individuelle Natur ändert, und daher in einem Falle dieser Art offenbar nicht gesagt werden kann „*eadem* quaestio revocatur." — Anders verhält sich die Sache bei Klagen in rem. Denn das dingliche Recht, z. B. Eigenthum, bleibt immer dasselbe, ohne Unterschied, aus welchem Grunde es entstanden seyn möge.

Wenn daher ein Eigenthumskläger sein angebliches Recht durch den Beweis der Usucapion zu begründen suchte, aber rechtskräftig abgewiesen wurde, so kann er dieselbe Sache von demselben Gegner auch aus keinem anderen Grunde mehr vindiciren; es müßte denn seyn, daß der neuangeführte Erwerbsgrund erst später entstanden wäre.

Fr. 14. §. 2. und

Fr. 11. §. 4. u. 5 D. 44. 2.

Hiebei entsteht aber noch die weitere Frage, ob sich Der, welcher eine dingliche Klage stellt, nicht wenigstens dadurch gegen die exceptio rei judicatae sicher stellen könne, daß er schon bei der Anbringung der ersten Klage (nicht etwa erst in der Beweisantretung) den speciellen Erwerbsgrund namhaft macht, aus welchem er in diesem Rechtsstreite seinen Anspruch verfolgen wolle? —

Bis in die neueste Zeit ist die bejahende Meinung weder in der Doctrin, noch in der Praxis bestritten worden. Erst Puchta hat die entgegengesetzte Ansicht aufgestellt, und zwar u. A. auch aus dem Grunde, weil es nach den Grundsätzen des Röm. Formularprocesses überhaupt nicht möglich gewesen sey, der Eigenthumsklage einen Zusatz der angegebenen Art beizufügen, ohne sie dadurch gewissermaßen in eine in factum actio zu verwandeln.

Puchta im Rhein. Mus. II. S. 251—270. — III. S. 467—487. Instit. II. §. 175.

Diese neue Ansicht hat jedoch lebhaften Widerspruch erfahren, und zwar nicht bloß von praktischen Schriftstellern, sondern auch von Auctoritäten der historischen Schule.

Heffter im Rh. Mus. III. 222—238.

Wächter, Hdb. II. S. 445.

Besonders aber v. Savigny, Syst. VI. S. 466 u. Beilage XVII. S. 514—535.

Das Resultat der von Savigny hierüber angestellten Untersuchung besteht darin, daß allerdings schon nach Röm. Rechte vor Justinian durch die damals übliche Form einer praescriptio die Möglichkeit gegeben war, die petitoria formula auf einen bestimmten Erwerbsgrund zu beschränken, und sich durch diesen Vorbehalt gegen die exceptio rei judicatae für den Fall der Erneuerung derselben Klage aus einem andern Erwerbsgrunde sicher zu stellen.

v. Savigny a. a. O. Beil. 524 flg.

Wenn jedoch v. Savigny zur Erreichung dieses Zweckes auch nach heutigem Rechte eine bindende Erklärung des Klägers fordert, sich in dem gegenwärtigen Rechtsstreite nur allein dieses Grundes bedienen zu wollen, die bloße Angabe eines speciellen Erwerbs-

grundes in der Geschichtserzählung der Klage aber nicht für genügend hält, so liegt auch darin, — in Vergleich mit der bisherigen Ansicht insofern etwas Neues, als meines Wissens bisher von allen theoretischen, wie praktischen Schriftstellern die bloße Angabe eines bestimmten Erwerbsgrundes in der Klage zu dem angeführten Zwecke für hinreichend erachtet wurde. Jedenfalls kann nicht angenommen werden, daß das canonische Recht in der darauf Bezug habenden Stelle,

c. 3. in 6to 2. 14.

(in welcher auch nur von einer *mentio* certae causae Erwähnung geschieht); — oder die älteren Schriftsteller bei der Interpretation des Fr. 11. §. 2. D. 44. 2. durch die Erinnerung an die veraltete und ihnen völlig unbekannte Form der „praescriptio" auf den Gedanken hätten geführt werden können, daß außer der Anführung eines speciellen Grundes auch noch ein „ausdrücklicher, bindender Vorbehalt" nothwendig sey.

Fortsetzung.

§. 141.

Zu 2.

Außer der Identität der Streitfrage ist aber die Anwendbarkeit der exceptio rei judicatae auch noch bedingt durch die Identität der streitenden Theile.

Fr. 3. Fr. 7. §. 4. D. 44. 2.
Fr. 63. D. 42. 1.
Fr. 12. D. 12. 2.
c. 1. C. 7. 60.
c. 2. C. 8. 36

Wird daher eine rechtskräftig zurückgewiesene Klage späterhin von einem Dritten angestellt, welcher an dem

Rechtsstreite, in Folge dessen die Zurückweisung erfolgte, keinen Theil genommen hatte, so kann diesem die Einrede nicht entgegengesetzt werden;

c. 2. C. 7. 56.

selbst dann nicht, wenn dieser Dritte mit dem vorigen Kläger eine streitgenossenschaftliche Verbindung hätte eingehen können.

Fr. 22. D. 44. 2.

Indessen unterliegt doch dieser Grundsatz einigen Modificationen. —

Von selbst versteht sich nämlich,

1) daß die Rechtskraft des Urtheils auch für und gegen die Successoren der streitenden Theile wirkt, welche dasselbe hervorgerufen haben, weil die Nachfolger in rechtlicher Hinsicht an die Stelle der Vorgänger eintreten.

c. 2. C. 8. 36.

Dabei ist auch kein Unterschied zwischen Universal- und Singularsuccessoren;

Fr. 11. §. 8. D. 44. 2.

Fr. 9. §. 2. Fr. 11. §. 3. 9.

Fr. 28. D. eod.

nur wird bei den letzteren vorausgesetzt, daß die Succession erst während des Processes, oder nach eingetretener Rechtskraft stattgefunden habe.

Fr. 3. §. 1. D. 20. 1.

Fr. 11. §. 10 Fr. 29. §. 1. D. 44. 2.

2) Eben so unzweifelhaft ist es nach dem jetzt geltenden Rechte, daß ein rechtskräftiges Urtheil, welches von dem definitiven Vertreter einer Partei, sey nun dieser ein gesetzlicher oder ein von ihr selbst bevollmächtigter, — erwirkt worden ist, auch für und gegen die Partei selbst geltend gemacht werden kann.

v. Savigny, Syst. VI. S. 469. not. e.

Ueber das Verhältniß bei s. g. präsumtiven Anwälten und Defensoren s. oben §. 123 u. 124.

v. Vangerow, Leitf. I. S. 208. not. a.

3) Der richterliche Ausspruch in gewissen Streitigkeiten über den persönlichen status eines Menschen hat nach Röm. Rechte die Wirkung, daß er nicht nur von den streitenden Theilen allein, sondern auch von jedem Dritten anerkannt werden muß; — vorausgesetzt, daß der Proceß gegen den legitimus contradictor geführt wurde, — daß das Urtheil nicht bloß ein Contumacialurtheil ist, und bei der Verhandlung der Sache keine Collusion stattfand.

Namentlich wird in dieser Hinsicht der Fall hervorgehoben, wenn entweder a) über die rechtmäßige Geburt eines Kindes mit dem Vater,

Fr. 1. §. 16. Fr. 2 u. 3. D. 25. 3.

oder b) über die Ingenuität oder Libertinität eines Menschen mit dem Patronus ein Proceß geführt wurde.

Fr. 25. D. 1. 5.

Fr. 14. D. 37. 14.

Vgl. jedoch:

Fr. 42. D. 40. 12.

Fr. 1. u. 5. D. 40. 14.

und wegen der angeführten allgemeinen Voraussetzungen

Tit. D. 40. 16. (De collus.)

Fr. 28. §. 1. D. 40. 12.

Fr. 24. D. 4. 3.

v. Savigny a. a. O. S. 470—474.

v. Vangerow, Leitf. I. S. 210. lit. g.

4) Wenn zwischen dem Testamentserben und dem Intestaterben über die Gültigkeit eines Testaments

gestritten wird, so sind an die Entscheidung auch die Legatare gebunden. — Auch hier wird aber vorausgesetzt, daß keine Collusion stattfand, und daß nicht bloß in contumaciam erkannt wurde.

Den Legataren ist übrigens in einem solchen Processe gestattet, accessorisch zu interveniren, und gegen das Urtheil auch für sich allein die Appellation zu ergreifen.

Fr. 50. §. 1. D. 30.

Fr. 3. pr. D. 20. 1.

Fr. 14. §. 1. D. 49. 1.

H. Hofstaetter, Comment. ad leg. 50. De legat. I. Monach. 1829. 4.

Keller, über Litiscont. §. 46. S. 382 flg.

v. Savigny a. a. O. S. 474.

5) Wenn ein Dritter der zunächst Betheiligte in dem Streite gewesen wäre, aber die Proceßführung wissentlich einem entfernteren Interessenten überlassen hat, so muß er das gegen diesen ergangene Urtheil auch gegen sich gelten lassen.

Fr. 63. D. 42. 1.

c. 25. X. 2. 27.

v. Savigny S. 476 flg.

6) Wenn gegen Jemand eine Popularklage ordentlich durchgeführt ist, so erwirbt er die exc. rei jud. gegen jeden späteren Kläger.

Fr. 3 pr. D. 47. 23.

Fr. 45. §. 1. D. 3. 3.

Fr. 30. §. 3. D. 12. 2.

Fr. 3. §. 13. D. 43. 29.

v. Vangerow S. 209. lit. e.

7) Ein in Bezug auf einen Miteigenthümer in Folge der confessorischen und negatorischen Klage über

eine Realservitut ergangenes Urtheil erzeugt die exceptio rei judicatae auch für und gegen die übrigen Miteigenthümer.

Fr. 4. §. 3 u. 4. D. 8. 5.

Vgl. Fr. 19. D. eod.

Fr. 1. §. 5. D. 43. 29.

v. Savigny S. 479.

Ueber die Wirkung der exc. rei jud. bei Correalverhältnissen und bei act. adject. qual. s. v. Vangerow, Leitf. S. 210. lit. h.

Anhang.

§. 142.

In der neuesten Zeit sind über die Bedeutung und Wirkung der exceptio rei judicatae, zunächst nach classischem Röm. Rechte eben so gründliche, als umfassende Untersuchungen angestellt worden, welche übrigens noch keineswegs als geschlossen zu betrachten seyn dürften. — Veranlassung dazu gab das bekannte Werk von Dr. F. L. Keller über Litiscontestationen und Urtheil (Zürich 1827), in welchem der Verfasser, vorzugsweise auf das von Gajus (Instit. III. §. 180. und IV. §. 106. 107.) ausgesprochene Novationsprincip die exceptio rei judicatae, so wie die exceptio rei in judic. deductae als Organe der processualischen Consumtion darstellte, und insbesondere der exceptio rei judicatae eine doppelte Function beilegte, eine von ihm sogenannte negative, welche bloß auf der formalen Existenz des Urtheils beruhen, und eine positive, durch welche der Inhalt des Urtheils gelten gemacht werden soll.

Diese Ansichten sind im Wesentlichen von den meisten späteren Schriftstellern über diesen Gegenstand angenommen worden, insbesondere von

v. Vangerow, Leitf. I. Buch. S. 204 flg.
v. Wächter, Erörter. (Stuttgart 1846.) III. Heft. S. 3 flg.
H. Buchka, die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß. Rostock und Schwerin 1846. Thl. I.
v. Savigny, System. VI. Band. (Berlin 1847.) §. 281.
L. Arndts, Lehrb. der Pand. Münch. 1850. I. Abth. S. 156. not. 5.

Erst jüngsthin ist jedoch gegen Kellers Darstellung aufgetreten

E. J. Bekker, die processualische Consumtion im classischen Röm. Recht. Berlin 1853.

insofern derselbe a) die Klagenconsumtion aus der Regel ableitet, „bis de eadem re ne sit actio," welcher auch das Novationsprincip untergeordnet wird; und b) die Duplicität der Function der exceptio rei judicatae bestreitet.

Für das Justinianische Recht haben diese Untersuchungen nur insofern eine Bedeutung, als das Princip, welches man der processualischen Consumtion zu Grunde legt, auch auf die Beantwortung der Frage Einfluß hat, ob die sogenannte negative Function der exceptio rei judicatae auch noch in dem neuesten Röm. Rechte eine Geltung in Anspruch nehmen könne; — welche Frage von einigen Vorgängern Bekker's, z. B. von Vangerow (Leitf. §. 173), bejaht, von der Mehrzahl derselben aber verneint wird.

S. vorzügl. v. Wächter, Erört. III. S. 35 flg.
v. Savigny, Syst. VI. §. 258.
Arndts, Lehrb. a. a. O.

Zu bedauern ist, daß geschichtliche Forschungen über Gegenstände des Röm. Rechts, welche auch jetzt noch, in einer mehr oder minder veränderten Gestalt, praktische Bedeutung haben, gewöhnlich abbrechen, sobald sie an der Gränze des classischen Röm. Rechts angelangt sind; nicht bloß deßhalb, weil es überhaupt nicht weniger interessant wäre, zu erfahren, welche Schicksale solche Gegenstände während der zwischen jener Gränze und der Gegenwart liegenden Jahrhunderte erfahren haben, sondern auch aus dem Grunde, weil in Folge der Dunkelheit, in welche die Entwickelungen des Rechts in diesen Jahrhunderten verhüllt bleiben, leicht die Resultate antiquarischer Untersuchungen, als unmittelbare Anknüpfungspunkte für das geltende Recht ergriffen werden können.

C. F. Roßhirt, zur Lehre von den Wirkungen des Processes auf das materielle Recht. Heidelberg 1848.

Von den Correspondenzen des Gerichts und der Actensammlung.

§. 143.

(s. oben §. 131.)

Die Correspondenzen, welche das Gericht aus Veranlassung eines bei demselben anhängigen Rechtsstreites zu führen hat, sind entweder Schreiben an coordinirte Gerichte, oder an subordinirte, oder an vorgesetzte. In dem ersten Falle heißen sie Requisitionsschreiben, oder

Correspondenzen im engeren Sinne; in dem zweiten Rescripte, in dem letzten Berichte. Ueber die Abfassung dieser verschiedenen Arten von Correspondenzen s. Martin, Lehrb. §. 114—116. Ueber das Sammeln und Ordnen der Acten ebend. §. 104.

Von der Actenredintegration.

§. 144.

Unter Actenredintegration versteht man die Wiederherstellung zu Grunde gegangener oder zu Verlust gekommener Gerichtsacten aus den Manualacten der streitenden Theile.

Sie wird nur dann vorgenommen, wenn die Streitsache noch nicht rechtskräftig abgethan ist, in diesem Falle aber auch von Amtswegen; und geschieht in der Art, daß man beide Theile zur Vorlage ihrer Manualacten vorladet, diese gegen einander vergleicht, und, wenn sie gleichlautend befunden werden, eine Abschrift davon verfertigen läßt, welche amtlich beglaubiget wird. Bei der Vergleichung hat jede Partei das Recht, gegen die Aechtheit und Vollständigkeit der von dem Gegner producirten Actenstücke Einwendungen vorzubringen. Die Kosten fallen dem zur Last, welcher an dem Verluste der Originalacten Schuld trägt.

C. G. O. II. 31. §. 4.

Martin, Lehrb. §. 314.

---

vergl. §. 1.

Von den Zeitbestimmungen.

§. 145.

Der gerichtliche Proceß besteht aus mehreren einzelnen Handlungen, welche selbst bei einem rein mündlichen Verfahren nicht immer in einer ununterbrochenen Reihe auf einander folgen können. Da nun im Falle einer nothwendigen Unterbrechung die Fortsetzung der Verhandlungen gewöhnlich nur im Interesse des Klägers, nicht auch in dem des Beklagten liegt, und folglich die Processe endlos werden würden, wenn der Richter abwarten müßte, bis sich beide streitende Theile freiwillig wieder vor ihm stellten, so müssen die Gesetze hier eingreifen, und es Demjenigen, welchem an der Beendigung des Processes gelegen ist, möglich machen, die Verhandlungen auch wider den Willen seines Gegners fortzusetzen. Dieser Zweck wird nun dadurch erreicht, daß entweder das Gesetz selbst für gewisse Handlungen eine Zeit bestimmt, binnen welcher sie vorgenommen werden sollen, oder dem Richter die Befugniß ertheilt, solche Zeitbestimmungen zu geben, die Nichtachtung solcher Bestimmungen aber in beiden Fällen mit gewissen Folgen bedroht, welche das Fortschreiten des Verfahrens ungeachtet des Ausbleibens der Partei möglich machen. — Ob es zweckmäßig ist, außer diesen Zeitbestimmungen für einzelne Handlungen im Processe auch noch die Dauer des ganzen Processes auf einen bestimmten Zeitraum zu beschränken, wie solches von Justinian in der C. 13. §. 1. C. 3. 1. wirklich geschehen ist,

(In Beziehung auf Criminalsachen vgl. c. 3. C. 9. 44. Ueber die früheren Verordnungen Constantins in diesem Betreffe Bethmann-Hollweg, Handb. S. 231 flg.)

und ob man daher Ursache hat, zu bedauern, daß diese Verordnung, — welche schon im canonischen Rechte nicht mehr strenge festgehalten wurde (c. 20. X. 2. 1.), jetzt gänzlich außer Acht gelassen wird, läßt sich mit Grund bezweifeln.

S. Albrecht a. a. O. S. 23.

Zur Zeit der älteren Römischen Gerichtsverfassung und des Formularverfahrens hing die Dauer eines Civilrechtsstreites davon ab, ob das judicium ein legitimum, — oder ein solches war, welches imperio continebatur. Ein judicium der letzteren Art konnte schon seiner Natur nach nicht länger dauern, als das imperium Desjenigen, welcher es angeordnet hatte. Legitima judicia hingegen waren ursprünglich wohl auf keine bestimmte Zeit beschränkt. Erst durch die lex Julia judiciaria wurde, — wahrscheinlich im Interesse der judices selecti, bestimmt, daß ein legitimum judicium in 18 Monaten, wenn nicht das richterliche Urtheil bis dahin erfolgt wäre, erlöschen soll. — Mit dem Untergange des ordo judicior. privator. fielen jedoch diese Beschränkungen hinweg, und an deren Stelle traten nachmals die oben angeführten Verordnungen von Constantin und Justinian.

Gaj. Inst. IV. 103—106.

Keller, über Litiscont. §. 15—19.

Bethmann-Hollweg, Handb. S. 231.

Puchta, Instit. II. S. 69 u. 70.

Ueber das Verhältniß dieser Römischen Einrichtungen zu den Institutionen des deutschen Proceßrechts s. die vortrefflichen Bemerkungen Albrechts in dessen Ausbildung des Eventualprincips. Marburg 1837. S. 7 flg.

Die Zeitbestimmungen für einzelne Acte des Verfahrens können sich übrigens nicht bloß auf Handlungen

der streitenden Theile, sondern auch auf die Thätigkeit des Gerichtes beziehen, d. h. auch dem Gerichte kann es zur Pflicht gemacht werden, gewisse Anordnungen und Verfügungen nicht nur irgend einmal nach Belieben, sondern binnen einer bestimmten Zeit zu treffen. Dem gemeinen Rechte sind auch wirklich dergleichen Zeitbestimmungen für die richterliche Thätigkeit nicht fremd, indem nicht nur den Obergerichten die Befugniß eingeräumt ist, den ihnen untergeordneten Gerichten zur Beschleunigung des Verfahrens nöthigen Falles angemessene Fristen vorzuschreiben, sondern solche Vorschriften für gewisse Fälle selbst unmittelbar in den Gesetzen vorkommen.

Z. B. C. G. O. Thl. II. Tit. 1. §. 2.
s. oben S. 282.

Indessen sind doch Zeitbestimmungen, welche sich ausschließend auf die Thätigkeit des Gerichtes beziehen, ungleich seltener, und die Folgen einer Verletzung derselben sind auch nach anderen Grundsätzen zu beurtheilen, als die Folgen der Saumseligkeit der streitenden Theile. Daher ist in der folgenden Darstellung zunächst nur auf die Zeitbestimmungen für die streitenden Theile allein Rücksicht genommen.

Diese Zeitbestimmungen sind aber von zweierlei Art, entweder Termine (Tagefahrten), oder Fristen. Häufig werden zwar diese beiden Ausdrücke als gleichbedeutend gebraucht, aber mit Unrecht. Denn ein Termin ist eigentlich nur dann gegeben, wenn eine oder auch wohl beide Parteien geladen sind, an einem bestimmten Tage vor Gericht zu erscheinen; während unter einer Frist ein Zeitraum zu verstehen ist, innerhalb dessen eine Partei irgend eine Handlung vollziehen soll, welche möglicher Weise auch in einem außer-

gerichtlichen Acte bestehen kann, z. B. in der Erfüllung eines Urtheils.

Termine eignen sich also für solche Acte, bei welchen außer den Parteien auch der Richter zugegen seyn oder mitwirken muß, z. B. für Verkündung eines Urtheils, Ableistung gerichtlicher Eide, Vergleichsversuche u. dgl.; Fristen aber passen für Parteihandlungen, welche auch in Abwesenheit des Richters und ohne dessen Mitwirken vollzogen werden können, z. B. für die Abfassung schriftlicher Streitvorträge.

Daraus ergibt sich, daß da, wo überhaupt das mündliche Verfahren eingeführt, oder doch ausnahmsweise anwendbar ist, die Zeitbestimmung durch Termine häufiger vorkommt, während im schriftlichen Processe die Ertheilung von Fristen die Regel bildet.

Fortsetzung.

§. 146.

Der in dem vorigen §. angedeutete Unterschied zwischen Termin und Frist hat die Folge, daß in Ansehung dieser beiden Arten von Zeitbestimmungen nicht durchgehends die nämlichen Grundsätze zur Anwendung kommen können.

I. Die Festsetzung eines **Termins** in einer einzelnen Streitsache muß, wenigstens was die Wahl des **Zeitpunktes** betrifft, dem Ermessen des Richters überlassen werden. Denn da der Richter bei der vorzunehmenden Handlung selbst mitwirken, oder doch zugegen seyn muß, und da nur er wissen kann, an welchem Tage ihm Dieses bei seinen übrigen Geschäften möglich ist, so

würde jede anders woher kommende Terminsbestimmung unsicher und der Gefahr der Vereitlung ausgesetzt seyn. Selbst das Gesetz kann in dieser Hinsicht höchstens einem zu langen Aufschube durch allgemeine Vorschriften vorzubeugen suchen. Eine conventionelle Terminsbestimmung von Seite der Parteien hat aber nur dann einen Erfolg, wenn sich auch der Richter mit der Uebereinkunft einverstanden erklärt. Im reichskammergerichtlichen Processe war freilich die Stufenfolge der Termine sowohl in ordentlichen, als außerordentlichen Sachen ein für allemal schon durch das Gesetz bestimmt. Allein diese Termine waren seit der Einführung des schriftlichen Verfahrens doch weiter nichts als die Endpunkte einer Frist, d. h. des zwischen je zwei solcher Abschnitte liegenden Zeitraumes, welcher eigentlich dazu bestimmt war, der Partei die nöthige Muße zur Abfassung des treffenden schriftlichen Vortrages zu gewähren. Jene Termine, deren Eintritt nach einer gesetzlich bestimmten Anzahl der bei dem Kammergerichte herkömmlichen Audienzien geregelt war, dienten nur zur Documentirung der förmlichen Ueberreichung und Mittheilung der wechselseitigen Parteischriften durch kurze Recesse, wobei, obgleich der Act in einer öffentlichen Versammlung stattfand, doch vorzugsweise nur das zur Führung des Protokolls bestimmte Personal beschäftiget und in der Regel nur ein Assessor zugegen war. — Bei den Territorialgerichten fand übrigens diese Einrichtung ohnehin keine Nachahmung.

Vgl. darüber J. G. Sieber, Anleit. zum gerichtl. Proceß. Gött. 1761. §. 143—145.

Seyfarts T. Reichsproceß Cap. 10. §. 2.

Danz, Reichsgerichtsproceß §. 129 u. §. 193.

Albrecht, Eventualprinc. S. 16—24.

II. Die Festsetzung von Fristen für bestimmte einzelne Parteihandlungen geschieht zwar am zweckmäßigsten auch durch den Richter, welcher den Proceß zu leiten hat, weil er am besten im Stande ist, zu bemessen, ob zur Vornahme der treffenden Handlung unter den gegebenen Umständen mehr oder weniger Zeit erforderlich ist. Indessen kommen doch im gemeinen Rechte auch gesetzliche Anordnungen hierüber vor. Für gewisse einzelne Handlungen, z. B. für die Einlegung der Appellation ist nämlich a) nicht bloß die Dauer der Frist, sondern auch der Zeitpunkt, in welchem sie zu laufen anfängt, in der Art bestimmt, daß der Richter weder in der einen, noch in der anderen Beziehung dabei mitzuwirken hat.

Nov. 23. c. 1.
c. 15. X. 2. 27.
C. G. O. II. 29. 2.
Vgl. z. B. auch noch Fr. 46. §. 4. D. 49. 14.
c. 1. in 6to 2. 5.

Zuweilen ist b) zwar die Dauer einer Frist durch das Gesetz fest angeordnet, jedoch die Anwendung derselben auf die einzelnen Fälle dem Richter überlassen; so, daß sie nicht früher zu laufen anfängt, als bis sie durch ein richterliches Decret ertheilt worden ist, z. B.

c. 13. §. 2. C. 3. 1.

Zuweilen ist endlich c) durch das Gesetz nur ein Maximum oder ein Minimum der Dauer gesetzlich bestimmt, die Zumessung in concreto aber und die wirkliche Ertheilung der Frist dem Richter anheimgestellt.

Nov. 112. c. 3.
z. B. c. 5. X. 2. 28.
J. R. A. §. 36.

Selbst den streitenden Theilen kann nach gemeinem Rechte die Befugniß nicht abgesprochen werden, durch gegenseitige Uebereinkunft für eine einzelne Handlung eine bestimmte Frist festzusetzen, weil ihnen, in der Regel wenigstens, ausdrücklich gestattet ist, sogar schon vorgeschriebene Fristen abzuändern. Nur muß der Richter von einer solchen Uebereinkunft in Kenntniß gesetzt werden, weil sie auf die Proceßleitung Einfluß hat, und aus erheblichen Gründen kann der Richter einer solchen Uebereinkunft seine Zustimmung versagen.

Arg. Fr. 45. D. 42. 1.

„et *judex permiserit*".

c. 4. C. 3. 11.

c. 28. in f. X. 1. 29.

Clem. 4. 2. 12.

S. unt. von der Verlängerung der Fristen.

Mit Rücksicht auf die bisher angedeutete Verschiedenheit des Ursprunges der einzelnen Fristen pflegt man dieselben in gesetzliche, richterliche und Conventionalfristen einzutheilen.

Die vorhin unter b und c angeführten Fristen werden wohl auch gemischte genannt, weil sie durch eine Concurrenz der richterlichen Thätigkeit mit der Vorschrift des Gesetzes in Wirksamkeit treten.

Gensler im Archiv für civil. Praxis. IV. S. 194. nro. 3.

Schmid, Handb. I. S. 290.

Da, wo über die Dauer einer Frist gesetzlich nichts bestimmt ist, hängt die Begränzung derselben von dem richterlichen Ermessen ab. Indessen hat sich wohl allenthalben für Fälle dieser Art durch den Gerichtsgebrauch ein gewisses Maaß gebildet, von welchem, als Regel, ohne besonderen Grund nicht abgegangen zu werden

pflegt. So werden z. B. für die Haupthandlungen im ordentlichen Processe gewöhnlich Fristen von einem Monate oder 30 Tagen ertheilt, wofür übrigens auch gesetzliche Analogieen sprechen.

Nov. 112. c. 3.

„non minus quam triginta dierum“.

Sollte übrigens die von dem Richter bestimmte Frist so kurz seyn, daß die Partei die ihr aufgegebene Handlung binnen derselben zu vollziehen nicht im Stande wäre, so kann darüber Beschwerde geführt und dadurch entweder eine angemessene Erweiterung der Frist, oder, wenn die Handlung sogleich mit der Beschwerdeführung verbunden wird, die Annahme der Handlung ungeachtet der Verspätung, bewirkt werden (exceptio termini nimis angusti).

c. 1. X. 2. 8.

In dem — ebenfalls möglichen, umgekehrten Falle der Ertheilung einer übermäßig langen Frist würde aber der Gegner Desjenigen, dem diese Frist ertheilt wurde, von der Beschwerde über Justizverzögerung Gebrauch machen können.

III. Fristen sowohl, als Termine können in zweifacher Art angeordnet seyn, oder werden; entweder so, daß nach dem Ablaufe derselben die Handlung selbst, welche binnen derselben hätte vorgenommen werden sollen, ausgeschlossen wird; — oder so, daß die säumige Partei ihrem Gegner nur die Kosten zu ersetzen verpflichtet wird, welche sie ihm durch die Versäumung der vorgeschriebenen Zeit verursacht hat, ohne jedoch das Recht zur Vornahme der bisher unterlassenen Handlung selbst zu verlieren. In dem ersten Falle nennt man die Zeitbestimmung eine peremtorische, in dem zweiten eine dilatorische.

Brackenhöft, Erört. §. 173.

Der Ausdruck „peremtorium“ kommt schon im Röm. Rechte vor, wird aber dort nicht für die Frist selbst, sondern für das obrigkeitliche Edict gebraucht, durch welches eine Partei zur Erscheinung aufgefordert wurde.

Fr. 68—72. D. 5. 1.

Die Frage, ob eine bestimmte einzelne Frist einen peremtorischen Charakter habe, oder nicht, ist mit Rücksicht auf den Inhalt der Anordnung zu beantworten, durch welche sie entstanden ist. Dabei ist

a) jedenfalls außer Zweifel, daß, wenn die Anordnung die ausdrückliche Androhung des Ausschlusses der betreffenden Handlung auf den Fall der Versäumung der Frist enthält, diese als eine peremtorische zu betrachten ist; und zwar ohne Unterschied, ob die Anordnung von dem Gesetze selbst herrührt, oder von dem Richter. Selbst eine conventionelle Frist kann auf solche Art peremtorisch gemacht werden.

In der Praxis hat sich übrigens mit Rücksicht auf

Fr. 68—72. D. 5. 1.

die Regel gebildet, daß der Richter in solchen Fällen, in welchen die Ertheilung einer Frist ihm allein überlassen ist, erst bei der drittmaligen Aufforderung zur Vornahme einer Handlung mit dem Ausschlusse drohen soll; jedoch mit der — ebenfalls dem Röm. Rechte entnommenen Modification, daß es ihm unter Umständen auch gestattet sey „unum edictum pro omnibus“ zu ertheilen, und daher die Frist schon bei der erstmaligen Aufforderung in peremtorischer Eigenschaft festzusetzen.

Fr. 72. D. 5. 1.

Schmid, Handb. I. S. 294. not. 42.

b) Ist eine Frist ohne die vorher erwähnte Drohung angeordnet, so kommt es darauf an, ob sie der Richter allein (unabhängig vom Gesetze, nach eigenem

individuellen Ermessen) vorgeschrieben hat und vorschreiben durfte; — oder ob ihm dabei ein gewisses gesetzliches Maaß vorgezeichnet war; oder endlich, ob die Frist ausschließend durch das Gesetz allein bestimmt ist, in der Art, daß der Richter weder über die Dauer derselben, noch über den Zeitpunkt, in welchem sie zu laufen anfangen sollte, etwas zu verfügen hatte.

In dem ersten Falle gilt jede Frist ohne beigefügte Androhung des Ausschlusses nur für eine dilatorische.

In dem zweiten Falle (bei s. g. gemischten Fristen) ist in der Regel Dasselbe anzunehmen.

Nur dann würde eine Ausnahme zu machen seyn, wenn das Gesetz einer Frist, deren Dauer es selbst bestimmte, deren Anwendung es aber dem Richter überließ, ausdrücklich den peremtorischen Charakter beigelegt hätte. Denn wenn auch der Richter in diesem Falle die Drohung des Ausschlusses seinem Decrete nicht ausdrücklich einverleibt, so muß doch vermuthet werden, daß er die Frist nur im Sinne des Gesetzes ertheilen wollte.

z. B. C. G. O. 1555. Th. II. Tit. 30. §. 1. vergl. mit §. 5.

In dem dritten Falle hingegen ist die Frist jederzeit als eine peremtorische zu betrachten.

z. B. c. 1. in 6to 2. 5.

Brackenhöft, Erört. S. 499. not. 17.

Mit diesen Bemerkungen hängt übrigens die Auszeichnung einer Art von Fristen zusammen, deren Benennung zwar bekannt genug ist, über deren Begriff aber wenig Klarheit und Uebereinstimmung der Ansichten besteht, nämlich der sogenannten Nothfristen oder Fatalien.

Der Ausdruck *„dies fatalis“* kommt schon im Röm. Rechte vor, und bezeichnet dort vorzugsweise den letzten

Tag der zur Einführung der Appellation gesetzlich vorgeschriebenen Frist, an welchem der Appellant ohne besondere Ladung vor dem Oberrichter erscheinen mußte, und dessen Versäumung den Verlust des Rechtsmittels zur Folge hatte.

c. 32. pr. C. 7. 62.

c. 5. §. 1. 4 u. 6. C. 7. 63.

c. 4. in f. pr. C. 3. 24.

(In c. 5. §. 4. C. 7. 63. wird jedoch auch von fatalibus gesprochen, quae a *pedaneis judicibus*, vel *ab aliis* dantur.)

Bethmann-Hollweg, Hdb. S. 357 u. 358.

Die älteren Proceßlehrer haben auch von Fatalien nur bei Gelegenheit der Lehre von der Appellation gehandelt; z. B.

H. Vulteii, Tract. de judic. Cassell. 1654. pag. 631. nro. 105 sq. — p. 634. nro. 144. — p. 636. nro. 171 sq.

Späterhin ist aber der Begriff der Fatalien bei der allgemeinen Lehre von den Zeitbestimmungen erörtert worden, und von da angefangen findet man eine unerquickliche Mannigfaltigkeit der Auffassung dieses Gegenstandes. Während Einige überhaupt alle „gesetzlichen Zeiten" oder alle „allgemein vom Gesetze vorgeschriebenen Fristen" fatalia nennen;

Martin, Lehrb. §. 119.

Heffter, Syst. §. 198.

sprechen Andere auch bei rein richterlichen Fristen von Fatalien.

Glück, Comm. III. S. 542.

Einige bestimmen den Begriff nur nach der präcludirenden Wirkung allein; Andere nehmen dabei auch auf die Erstreckbarkeit derselben Rücksicht, z. B.

Sieber, Anleit. §. 147.
Linde, Lehrb. §. 173.
Vgl. überhaupt: ***Leop. N. L. B. ab Ende***, De fatalium rigore. Hal. 1737.

Da das Römische Institut des dies fatalis im Appellationsverfahren veraltet ist, und die praktische Bedeutung der Sache am Ende doch nur auf die Beantwortung der Fragen hinausgeht, ob und inwiefern die Versäumung einer Frist die Präclusion zur Folge hat, und ob und unter welchen Voraussetzungen eine Frist verlängert, oder ein Termin erstreckt werden könne; diese Fragen aber auch ohne den Ausdruck „fatale“ beantwortet werden könnten; so würde man kaum, — weder in der Doctrin, noch in der Praxis eine Lücke wahrnehmen, wenn die Hypothesen über den Begriff und die Eintheilung der Fatalien nie zum Vorschein gekommen wären.

Vergleicht man übrigens die Meinungen der einflußreichen neueren praktischen Schriftsteller über diesen Gegenstand, so dürfte folgende Begriffsbestimmung von Fatalien als diejenige zu bezeichnen seyn, welche auf die am meisten verbreitete Anerkennung Anspruch machen kann: „Fatalien sind solche Fristen, deren Dauer schon durch das Gesetz bestimmt, und deren Versäumung ebenfalls schon durch das Gesetz mit der Präclusion derjenigen Handlung bedroht ist, zu deren Vornahme sie bestimmt waren.“ — Hat außerdem das Gesetz auch noch den Anfangspunkt einer solchen Frist in der Art bestimmt, daß sie nach einem gewissen Vorgange von selbst zu laufen beginnt, ohne daß sie erst durch ein richterliches Decret in Bewegung gesetzt werden müßte; — ist demnach die richterliche Mitwirkung in allen Beziehungen dabei ausgeschlossen, wie z. B. bei der zehntägigen Appellationsfrist, so nennt man sie ein

absolutes Fatale, — eine unbedingte Nothfrist. — Muß aber eine solche Frist, wenn sie in concreto eintreten und zu laufen beginnen soll, erst noch durch ein richterliches Decret ertheilt werden, so nennt man sie eine bedingte, oder gemischte Nothfrist, oder ein fatale secundum quid.

Glück, Comm. III. S. 541.

Gensler im Arch. IV. S. 194. §. 5.

Sintenis, Erl. II. u. III. Heft. S. 359 flg.

Rein richterliche Fristen werden jetzt nie mehr als Fatalien bezeichnet, wie früherhin z. B.

v. Ende a. a. O. §. 19.

Die Existenz eines gemeinrechtlichen jetzt noch anwendbaren Beispieles eines s. g. fatale secundum quid. stellt übrigens in Abrede

Brackenhöft, Erört. S. 499. not. 17.

Berechnung der Fristen.

§. 147.

Die Grundsätze, welche bei der Berechnung processualischer Fristen beobachtet werden, lassen sich allerdings nicht durchgehends auf unzweideutige gesetzliche Vorschriften zurückführen, sondern beruhen zum Theile nur auf dem Gerichtsgebrauche. Da es jedoch in diesem rein formellen Gebiete vorzugsweise auf Gleichmäßigkeit und Sicherheit der Behandlung ankommt, und da selbst die in den gesetzlichen Quellen darüber vorkommenden Aeußerungen unverkennbar beweisen, daß der Gerichtsgebrauch zu allen Zeiten in dieser Beziehung einen großen Einfluß hatte; so scheint das Bestreben, die schon

seit lange anerkannten und befolgten Regeln aufrecht zu erhalten, keine Mißbilligung zu verdienen, zumal wenn auch Gründe der Zweckmäßigkeit dafür sprechen.

Die gegenwärtig vorherrschenden gemeinrechtlichen Grundsätze über die Berechnung der Fristen, d. h. über die Feststellung ihres Anfanges, ihrer Unterbrechung und Beendigung sind aber folgende:

I. Die zehntägige Frist zur Einwendung der Appellation, oder eines andern ordentlichen Rechtsmittels beginnt unmittelbar nach der Publication des Urtheils, gegen welches das Rechtsmittel interponirt werden soll, dauert ununterbrochen, von diesem Moment an gerechnet, zehnmal 24 Stunden lang fort, und erlöscht mit dem letzten Momente dieses Zeitraums. (Man pflegt diese Berechnungsart durch die Worte „computatio de momento ad momentum" zu bezeichnen.)

Diese Regel wird von keiner Seite in Zweifel gezogen. Der Beweggrund zur Annahme derselben war jedoch hier keineswegs die Rücksicht auf praktische Zweckmäßigkeit — (denn von dieser Seite verdient sie keine Empfehlung), — sondern lediglich das Festhalten an den Worten *„ex recitatione sententiae"* in

Nov. 23. c. 1.

Vgl. c. 8. in 6to 2. 15.

„ex quo sciverit."

Um aber diese Regel durchführen zu können, soll in dem Publicationsprotokolle immer auch die Stunde der geschehenen Urtheilsverkündigung bemerkt werden. Ist dieses unterblieben, und der Appellant interponirt das Rechtsmittel nur noch vor dem Ende des zehnten Tages nach dem Publicationstage, so wird angenommen, daß er auch die gehörige Stunde beobachtet habe.

Boehmer, J. E. P. lib. II. tit. 28. §. 28.

Sollte aber das Urtheil nicht förmlich publicirt, sondern nur in vim publicati insinuirt worden seyn, so berechnet man die gesetzliche Appellationsfrist gleich einer richterlichen Frist.

Gensler, Comm. S. 195. lit. E. nro. 2.

Will man nun diese Berechnungsart auf alle gesetzlichen Fristen ausdehnen, welche der richterlichen Mitwirkung schlechthin entzogen sind, sowohl was den Anfang, als die Dauer betrifft, so hat man allerdings die Analogie des positiven Rechts und die Consequenz für sich.

Brackenhöft, Erört. S. 502. not. 3.

II. Bei den richterlichen Fristen aber, sie mögen nun von dem Richter aus eigener Machtvollkommenheit, oder in Gemäßheit einer ihm hiezu von dem Gesetze ertheilten Anweisung angeordnet worden seyn, pflegt man zu unterscheiden, ob die Anordnung in einem einfachen, der Rechtskraft nicht fähigen Decrete geschehen ist, oder in einem appellablen Decisivdecrete.

In dem ersten Falle läßt man die Frist erst an dem nächsten Tage nach der Insinuation des Decrets zu laufen anfangen. Der Insinuationstag selbst wird aber nicht eingerechnet. Das Ende einer solchen Frist tritt ein mit dem vollendeten Ablaufe des letzten Tages.

Arg. Fr. 1. D. 2. 11.

Gensler im Archiv für civ. Prax. IV. S. 197.

Heffter, Syst. §. 198.

Der Tag geht übrigens von Mitternacht bis Mitternacht.

Fr. 8. D. 2. 12.

S. Heffter, Syst. S. 237. not. 61.

In neuester Zeit ist zwar diese Berechnungsart für unrichtig erklärt worden von

Brackenhöft, Erört. S. 502.

welcher auch bei richterlichen Fristen das unter Ziffer I. angeführte Berechnungsprincip gelten machen will, so wie von

Schmid, Hdb. I. S. 292.

welcher nach den gewöhnlichen Grundsätzen über die computatio civilis auch den Insinuationstag in die Frist einrechnet.

Allein die von Beiden gemachte Voraussetzung, daß das Fr. 1. D. 2. 11. kein brauchbares Argument für die gewöhnliche Ansicht, — als deren gesetzliche Stütze sie angeführt wird, — darbiete, dürfte doch kaum haltbar seyn, weil der Prätor ja auch bei der dinumeratio itineris den Rest des Tages, an welchem das Versprechen geleistet — (der Termin festgesetzt worden war) — gar nicht in Anschlag brachte. Auch ist diese Stelle von jeher nicht anders verstanden worden.

Siehe z. B. die gloss. Ausgabe des C. J. Aureliae. 1625. fol. zu Fr. 1. cit. in marg. „Dies termini seu assignationis non computatur in termino."

Nach Schmids Ansicht würde sogar zuweilen die Partei, welcher eine bloß richterliche Frist gesetzt war, mehr beengt seyn, als die, welche eine Fatale zu beobachten hätte.

Eine Fristenberechnung mit Rücksicht auf Stunden, wie solche in den Fällen unter I. vorkommt, kann aber überhaupt nicht für zweckmäßig gehalten werden, weßhalb sie auch in manchen Particulargesetzen, z. B. in dem bayerischen, gänzlich verbannt ist.

Nach einigen Aeußerungen des Römischen und des canonischen Rechts scheint übrigens selbst der Tag nach dem Ablaufe der Frist noch zur Vornahme der Handlung benützt werden zu können.

Fr. 101. D. 50. 17.

c. 24. X. 1. 29.

Vergl. darüber die Lehre von dem Ungehorsam der Parteien unt.

Ist aber eine richterliche oder gemischte Frist in einem der Rechtskraft fähigen Decisivdecrete bestimmt worden, so läßt man dieselbe erst dann zu laufen anfangen, wenn das Decret rechtskräftig geworden ist, so daß die zehn Tage, welche zur Ergreifung eines Rechtsmittels gegeben sind, gar nicht eingezählt werden.

v. Gönner, Handb. II. 37. §. 32.

Gensler a. a. O. S. 196. §. 8.

Gegen diese Ansicht aber, welche übrigens selbst schon neueren Ursprungs ist, hat sich mit guten Gründen erklärt

Gesterding im Arch. für civ. Prax. V. S. 255 flg.

Ebenso Brackenhöft, Erört. S. 503. not. 8.

III. Wenn eine Frist nach Monaten bestimmt ist, so werden für jeden Monat ohne Unterschied 30 Tage gezählt.

C. G. O. 1555. II. 30. §. 4.

Ueber die sogenannte Sächsische Frist s.

Glück, Comm. III. S. 586. not. 15.

v. Maurer, Geschichte des altgerm. Gerichtsverf. §. 147.

IV. Bei der Anordnung eines Termins soll nicht nur der Tag, an welchem die Vorgeladenen zu erscheinen haben, sondern, um den Zeitverlust durch gegenseitiges Zuwarten zu ersparen, auch die Stunde in dem Ladungsdecrete ausgedrückt werden. Die Wahl der Stunde hängt von dem Richter ab. Nur Termine zur Ableistung eines

Eides sollen immer zu früher Gerichtszeit, d. h. vor der Mittagsstunde angesetzt werden.

Gensler a. a. O. S. 197.

V. Um den Einfluß der Ferien auf die Berechnung der Fristen, sowie auf die Festsetzung und Beobachtung der Termine näher zu bestimmen, muß im Allgemeinen voraus bemerkt werden, daß nach gemeinem Rechte zweierlei Arten von Ferien unterschieden werden, — kirchliche, welche aus religiösen Gründen, — und weltliche, die bloß aus Rücksicht auf bürgerliche Beschäftigungen, oder auf politische Verhältnisse und Ereignisse angeordnet sind, wie z. B. die Ernte- und Weinleseferien des Röm. Rechts.

Dig. 2. 12.
Cod. 3. 12.
c. 5. X. 2. 9.
Glück, Comm. III. §. 262.

Zwischen beiden Arten findet der wesentliche Unterschied statt, daß an kirchlichen Feiertagen die Vornahme gerichtlicher Streithandlungen, den Fall dringender Nothwendigkeit ausgenommen, schlechterdings bei Vermeidung der Nichtigkeit verboten ist; während auf weltliche Ferien von Seite Derjenigen, in deren Interesse sie eingeführt worden sind, gültig Verzicht geleistet werden kann.

c. 2. 3. 7. u. 11. C. 3. 12.
c. 5. X. 2. 9.
Fr. 1. pr. u. Fr. 6. D. 2. 12.

Ueber die verschiedenen Fälle dieser Art s.

Brackenhöft, Erört. S. 503 flg.

Nur die s. g. feriae honorariae werden in dieser Hinsicht den kirchlichen Ferien gleichgestellt.

Glück, Comm. III. S. 537.

Mit Rücksicht auf diesen Unterschied gelten in Bezug auf Fristen und Termine folgende Regeln:

1) Ein **Termin** zur Vornahme einer gerichtlichen Streithandlung soll auf einen Feiertag, sey dieser nun ein kirchlicher oder ein weltlicher, nie angesetzt werden. Geschieht dieses doch, so sind jedenfalls die Parteien nicht schuldig, der Ladung Folge zu leisten (Fr. 1. §. 1. D. 2. 12.), es müßte denn seyn, daß die Ferie **bloß** im Interesse des Richters allein angeordnet wäre. — Erscheinen aber dessenungeachtet beide Parteien an dem festgesetzten Tage, so ist die Handlung gültig, wenn der Feiertag bloß in ihrem Interesse eingeführt war, weil die thatsächliche Folgeleistung einen stillschweigenden Verzicht auf die Befreiung enthält. — War aber der Feiertag nicht in ihrem Interesse, sondern aus einer höheren Rücksicht angeordnet, — also entweder ein kirchlicher oder ein politischer Festtag, so ist die an einem solchen Tage vorgenommene Handlung (von dem Falle dringender Noth abgesehen), ungeachtet der Zustimmung der Parteien, ungültig, und es muß zur Vornahme derselben neuerdings ein Termin angesetzt werden, wenn einer der Betheiligten es verlangt.

c. 5. X. 2. 9.

2) Bei **Fristbestimmungen** kommt es darauf an, ob der Feiertag auf den letzten Tag der Frist (nach der gewöhnlichen Berechnung) fällt, oder auf einen Tag während des früheren Fristenlaufes. In dem letzten Falle werden die Feiertage aller Art mit eingerechnet, wie Werktage. Denn was die handlungspflichtige Partei während dieses Zeitraumes zu thun hat (z. B. die Abfassung einer Schrift), ist ein Privatgeschäft und kein Judicialact.

c. 3. C. 3. 11.

Fällt aber der Feiertag auf den letzten Tag der Frist, an welchem z. B. die Partei vor Gericht erscheinen und ihren schriftlichen Vortrag förmlich überreichen soll, so verschiebt man den Finaltag auf den nächstfolgenden Werktag, weil die förmliche Ueberreichung einer Streitschrift auch ein Judicialact ist.

Arg. c. 11. §. 1. C. 3. 12.

Sollte jedoch die Ueberreichung einer Streitschrift an einem, — selbst kirchlichen Feiertage zugelassen worden seyn, so wird sie um deßwillen nicht für ungültig gehalten, weil, wenn man diese strenge Consequenz beobachten wollte, doch nur die Formalität einer Reproduction die Folge seyn könnte.

Ueber die Ferien nach älterem Röm. Rechte vgl.
Bethmann-Hollweg, Hdb. I. §. 19.
Puchta, Instit. II. S. 66.

Verlängerung der Fristen und Verlegung der Termine.

§. 148.

Daß die zur Vornahme bestimmter Handlungen festgesetzten Fristen und Termine durch gegenseitige Uebereinkunft der Parteien wieder abgeändert, und insbesondere verlängert oder verschoben werden dürfen, ist in den gesetzlichen Quellen des gemeinen Rechts ausdrücklich anerkannt.

c. 28. in f. X. 1. 29.
Clem. 4. 2. 12.

Nur drei Beschränkungen sind hiebei zu bemerken: nämlich

1) es muß dem Richter von einer solchen Uebereinkunft nicht bloß dann Anzeige gemacht werden, wenn ein Termin in Frage steht, in welchem auch er mitzuwirken hat, sondern auch in solchen Fällen, in welchen es nur auf die Thätigkeit einer Partei allein ankommt;

Fr. 45. pr. D. 42. 1.

Clem. 4. 2. 12.

2) das zehntägige Fatale zur Einwendung der Appellation (oder eines andern der Appellation in dieser Hinsicht gleichgestellten ordentlichen Rechtsmittels) darf durch Uebereinkunft der Parteien gar nicht verlängert werden.

Ein ausdrückliches gesetzliches Verbot dieser Art läßt sich freilich nicht nachweisen. Denn die

C. G. O. von 1555 Th. II. Tit. 29. §. 2.

in welcher Einige ein solches Verbot zu finden glaubten, namentlich

v. Gönner III. 59.

spricht der richtigeren Auslegung zufolge nicht von dem Falle einer gegenseitigen Uebereinkunft, sondern nur von einem einseitigen Verlängerungsgesuche einer Partei an den Richter.

v. Linde, Hdb. V. S. 39 flg.

Ja im Röm. Rechte kommt sogar eine Stelle vor, welche vielmehr umgekehrt die Zulässigkeit einer conventionellen Verlängerung dieser Nothfrist auszusprechen scheint, nämlich

c. 5. §. 6. C. 7. 63.

weßhalb auch mehrere neuere Proceßlehrer selbst diese Ausnahme von der Regel nicht gelten lassen wollen.

Vgl. Schmid, Hdb. I. S. 298.

Allein v. Linde hat a. a. O. S. 34—39 nachgewiesen, daß die c. 5. §. 6. cit. gar nicht von einem Vertrage

der hier besprochenen Art, sondern nur von der Zulässigkeit einer vertragsmäßigen Verzichtleistung auf den Gebrauch des Rechtsmittels der Appellation zu verstehen sey. Ein ausdrückliches Gesetz kann demnach weder für noch gegen die Zulässigkeit einer conventionellen Verlängerung des Appellationsfatale angeführt werden.

Wenn man jedoch die Folgen erwägt, welche die unbedingte Zulassung solcher Verträge haben könnte, und zugleich berücksichtiget, daß nach der neueren Gerichtsverfassung auch die Competenz des Obergerichts von der Beobachtung dieser Fatalien abhängt, so wird man sich mehr geneigt fühlen, dergleichen Verlängerungsverträge für unstatthaft zu halten.

Glück, Comm. III. §. 266.
Klüber, klein. jur. Bibl. V. S. 476.
v. Gönner a. a. O.
v. Linde, Hdb. V. S. 34 flg.
Heffter, Syst. S. 236. not. 57.
Vgl. Brackenhöft, Erört. S. 501. not. 25.
A. M. Schmid, Hdb. I. S. 297 flg.

Diese Beschränkung wird übrigens mit Recht auch auf andere noch bei dem Unterrichter zu beobachtende Fatalien (z. B. auf die gesetzliche Frist zur Requisitiou der Apostel c. 6. in 6to 2. 15.) ausgedehnt; erstreckt sich aber nicht auf die gesetzlichen Fristen, welche noch später bei der Fortsetzung der Appellation (prosecutio app.) vorkommen.

Clem. 4. 2. 12.

Noch viel weniger ist diese Beschränkung auf rein richterliche, gleichviel ob dilatorische oder peremtorische Fristen zu beziehen.

Endlich ist noch

3) zu bemerken, daß es den Kammergerichtsprocuratoren untersagt war, prorogationes prorogationum sich selbst einander zu gestatten.

R. A. von 1594. §. 52.

In allen Fällen übrigens, in welchen sich die Parteien vertragsmäßig über die Verlängerung einer Frist vereinigen, — was auch stillschweigend geschehen kann, — ist weder die Angabe eines besonderen Rechtfertigungsgrundes, noch eine Bescheinigung desselben nothwendig.

Fortsetzung.

§. 149.

Aber nicht bloß durch gegenseitige Uebereinkunft der streitenden Theile, sondern auch durch richterliche Verfügung kann unter gewissen Voraussetzungen eine bereits festgesetzte Frist oder ein Termin wieder abgeändert, — verlängert oder verschoben werden. Im Allgemeinen ist dieser Satz in allen gesetzlichen Quellen des gemeinen Processes anerkannt. — Bei der Anwendung der gesetzlichen Detailvorschriften des Römischen und canonischen Rechts, sowie der deutschen Reichsgesetze über die verschiedenen Bedingungen und Modificationen einer solchen richterlichen Verfügung darf man jedoch nicht vergessen, daß jene Vorschriften vielfach mit der Grundform des damaligen gerichtlichen Verfahrens zusammenhängen, und daher auf die gegenwärtige Form des gemeinen deutschen Processes oft nur eine analoge Anwendung zulassen. — Die erheblichsten Bestimmungen in dieser Lehre können am faßlichsten durch Beantwortung folgender Fragen dargestellt und erörtert werden.

I. Ist eine richterliche Fristerstreckung immer durch ein darauf abzielendes Gesuch der zum Handeln aufgeforderten Partei bedingt oder nicht?

Bezüglich dieser Frage ist zu unterscheiden zwischen s. g. dilatorischen und peremtorischen Fristen oder Terminen.

Bei den letzteren wird jedesmal ein vorgängiger Antrag der aufgeforderten Partei vorausgesetzt. Von Amtswegen findet die Verlängerung einer peremtorischen Frist nie statt. Nur die officielle Verlegung eines peremtorischen Termins auf einen spätern Tag wäre in dem Falle möglich, wenn der Richter selbst verhindert werden sollte, an dem zuerst bestimmten Tage die Verhandlung vorzunehmen.

Wenn aber die zu erstreckende Zeitbestimmung nur eine dilatorische ist, so kommt es darauf an, ob diejenige Partei, welche binnen oder zu jener Zeit eine bestimmte Handlung vollziehen soll, dem Nachtheile entgehen will, ihrem Gegner die Unkosten vergüten zu müssen, welche ihm durch ihr Ausbleiben verursacht werden könnten; oder ob sie sich diesem Nachtheile zu unterwerfen bereit ist. In dem ersten Falle muß sie allerdings selbst um Erstreckung nachsuchen. In dem zweiten Falle hingegen kann sie sich gänzlich passiv verhalten, und die Fristerstreckung wird ihr doch — möglicher Weise noch zweimal zu Theil.

Diese seltsame Einrichtung hängt mit einer Eigenthümlichkeit des Röm. Processes zusammen, welche sich fortwährend bis jetzt erhalten hat; deren Erhaltung sich übrigens um so leichter erklären läßt, als dieselbe auch schon in dem älteren deutschen Rechte vorhanden war. Wenn sich nämlich eine Partei nicht zur gehörigen Zeit vor Gericht stellte, so konnte doch der erscheinende Gegner

nicht ohne weiters darauf antragen, daß das Verfahren in der Hauptsache in Abwesenheit seines Widersachers fortgesetzt werde, sondern er mußte vorher noch ein Edictalverfahren veranlassen, welches darin bestand, daß der Abwesende dreimal nach einander (ternis litteris oder edictis), jedesmal unter Anberaumung einer angemessnen Frist zum Erscheinen aufgefordert wurde. Erst dann, wenn der Aufgeforderte auch die dritte Frist ungehorsam hatte verstreichen lassen, konnte der gehorsame Theil die Fortsetzung des Verfahrens und Aburtheilung in der Hauptsache selbst begehren; — oder, wie dieses im Römischen Rechte ausgedrückt wird: *tertium* edictum peremtorium est (perimit disceptationem). Die Versäumung der ersten Fristen hatte nur die Verbindlichkeit zum Kostenersatze zur Folge. Indessen war es doch der Obrigkeit gestattet, nach Umständen auch schon das zweite, ja sogar schon das erste Edict (unum pro omnibus) mit peremtorischer Kraft zu erlassen, was aber dann freilich ausdrücklich erklärt werden mußte.

Fr. 68—73. D. 5. 1.
Fr. 53. §. 1. D. 42. 1.
c. 8 u. 9. C. 7. 43.
Nov. 112. c. 3.

Diese Einrichtung des Röm. Rechts nun, obgleich auf eine wo möglich ununterbrochene mündliche Verhandlung der ganzen Sache berechnet, ist auch auf unser gegliedertes schriftliches Verfahren angewandt worden, in welchem regelmäßig für jede Handlung eine eigene Frist von dem Richter voraus bestimmt wird.

Die Folge dieser Anwendung besteht aber darin, daß, wenn eine Partei die erste, oder die zweite, noch nicht ausdrücklich für peremtorisch erklärte Frist zur Vornahme einer bestimmten Handlung versäumt, ihr doch

noch eine weitere gegeben, — also die vorige erstreckt werden muß, wenn sie auch nicht darum gebeten hatte.

Vergl. schon *Durantis,* specul. lib. II. partic. 1. De dilation. p. 227. nro. 3. (Edit. Venet. 1566.)
Gensler im Arch. IV. S. 193. §. 3. lit. b.
Schmid, Hdb. I. S. 294. nro. 3.

Fortsetzung.

§. 150.

II. Welche Fristen und Termine dürfen von dem Richter verlängert oder verlegt werden?

Bezüglich dieser Frage ist jedenfalls so viel außer Zweifel, daß der Richter solche Fristen und Termine, deren Anordnung lediglich seinem eigenen Ermessen überlassen war, ohne Unterschied zwischen dilatorischen und peremtorischen, erstrecken darf. Ja, wenn die Frist nur in dilatorischer Eigenschaft bestimmt war, so darf er nicht nur, sondern — der im vorigen Paragraph erwähnten Einrichtung zufolge, muß er sie sogar erneuern, sey es nun in Folge eines Verlängerungsgesuches der handlungspflichtigen Partei selbst, oder einer Ungehorsamsbeschuldigung von Seite ihres Gegners.

Was aber die gesetzlichen Zeitbestimmungen betrifft, so darf

a) das zehntägige Fatale zur Anmeldung der Appellation auch von dem Richter schlechterdings nicht verändert, — weder verkürzt, noch verlängert werden;

C. G. O. 1555. Thl. II. Tit. 29. §. 2.

und diese Beschränkung gilt auch hinsichtlich der Frist zur Anmeldung anderer ordentlicher Rechtsmittel (z. B.

der Revision); sowie hinsichtlich der etwa sonst noch bei dem Unterrichter zu beobachtenden Appellationsfatalien.

Vgl. noch Brackenhöft, Erört. S. 502. not. 3. u. S. 498. not. 9, 10 u. 11.

Hingegen solche Fristen, deren Dauer zwar auch schon gesetzlich vorgeschrieben ist, deren wirklicher Eintritt aber doch erst in jedem einzelnen Falle durch den Richter angeordnet werden muß, werden in der Praxis für erstreckbar gehalten.

Glück III. §. 266.

Gensler a. a. O. S. 195. §. 7. nro. 2.

In einigen Fällen dieser Art ist die Zulässigkeit der Erstreckung gesetzlich schon anerkannt, z. B.

Fr. 2. D. 42. 1.

c. 1. C. 3. 11.

Brackenhöft S. 502. not. 3.

und hier unterliegt die Sache keinem Bedenken. — Ob auch ohne diese ausdrückliche Anerkennung dergleichen gesetzliche Fristen von dem Richter verlängert werden dürfen, ist zwar bezweifelt worden;

Schmid a. a. O. S. 295. not. 50 u. 51.

allein der Gerichtsgebrauch hat sich auch hier für die Zulässigkeit der Verlängerung entschieden.

Fortsetzung.

§. 151.

III. **Was wird zur gehörigen Begründung eines Gesuches um Verlängerung einer Frist, oder um Verlegung eines Termins erfordert?**

1) Schon im Römischen Rechte ist verordnet, daß

Gesuche dieser Art nicht anders, als causa cognita bewilligt werden sollen.

c. 4. C. 3. 11.

Daher muß auch der Gesuchsteller einen bestimmten Hinderungsgrund angeben und bescheinigen.

In der Praxis wird es zwar, wenigstens bei dem ersten Erstreckungsgesuche, mit der Prüfung der beigebrachten Bescheinigung nicht genau genommen. Allein der J. R. A. hat selbst für das kammergerichtliche Verfahren (in welchem man doch mit Prorogationen ziemlich freigebig zu seyn gewohnt war) ausdrücklich vorgeschrieben, daß schon das erste Prorogationsgesuch „ohne genugsame Bescheinigung der Specialanzeige der Verhinderung" nicht erlaubt seyn soll; und der Beweggrund zu dieser Vorschrift ist von der Art, daß man ihr unbedenklich auch gemeinrechtliche Geltung beilegen darf.

J. R. A. §. 103.

Danz, Reichsgerichtsproc. §. 195. not. h.

Vgl. aber freilich:

P. Gambsii Comment. ad R. J. N. ad §. 97 (103).

Die angeführte Ursache soll übrigens so beschaffen seyn, daß sich aus derselben nicht bloß die Unthunlichkeit der Beobachtung der ersten Frist, sondern auch die Freiheit des Bittstellers von Verzögerungsabsicht und eigener Nachlässigkeit entnehmen läßt. — Einzelne Beispiele anerkennungswerther Hinderungsursachen fehlen in den Gesetzen nicht;

Fr. 2—4. D. 2. 11.

Fr. 75. D. 5. 1.

Fr. 60. D. 42. 1.

c. 6. X. 2. 14.

Vgl. Brackenhöft S. 506.

allein sie dienen nur als Richtungspunkte für das richterliche Ermessen, ohne dasselbe zu beschränken.

Die Zulassung eines contradictorischen Verfahrens über Fristerstreckungsgesuche ist übrigens beinahe noch unzweckmäßiger, als ein lares richterliches Arbitrium.

2) Das Fristgesuch muß noch zeitig genug angebracht werden. — Die Bestimmung des rechten Zeitpunktes hängt aber davon ab, ob die Frist oder der Termin, um deren Erweiterung oder Verlegung gebeten werden will, nur dilatorisch ist (also der Implorant bloß den ihm drohenden Nachtheil des Kostenersatzes abzuwenden sucht), oder peremtorisch. In dem ersten Falle muß das Gesuch schon so frühzeitig gestellt werden, daß auch der Gegner, ehe ihm noch Unkosten verursacht werden, davon in Kenntniß gesetzt werden kann. In dem zweiten Falle wird aber gewöhnlich unterschieden, ob die Frist eine (erstreckbare) gesetzliche, oder eine rein richterliche ist. In dem ersten Falle hält man es für nothwendig, daß das Gesuch noch vor dem Ablaufe der Frist überreicht werde; in dem zweiten Falle läßt man es aber auch noch nach dem Ablaufe der Frist zu, wenn es nur noch früher gestellt wird, ehe der Gegner die Ungehorsamsbeschuldigung erhoben hat.

Glück, Comm. III. S. 546.

Der letzte Satz ist zwar nicht unbestritten;

Vgl. Schmid, Hdb. S. 296. not. 53 u. 54.

die Prüfung der abweichenden Ansicht hängt jedoch so genau mit der Lehre von dem Ungehorsam zusammen, daß sie zweckmäßiger bei dieser untersucht wird.

Fortsetzung.

§. 152.

IV. Wie oft darf dieselbe Frist verlängert, oder derselbe Termin verlegt werden?

Auch über diese Frage sind die Meinungen in der Doctrin getheilt, indem Einige unter Bezug auf

Fr. ult. D. 2. 12. und

J. R. A. §. 103.

behaupten, daß eine Erstreckung nicht öfter als einmal bewilliget werden dürfe; Andere hingegen die Entscheidung dem Ermessen des Richters überlassen.

Vgl. Glück, Comm. III. S. 549 flg.

Auch hier wird aber zu unterscheiden seyn zwischen dilatorischen und peremtorischen Zeitbestimmungen. Daß eine dilatorische Frist wenigstens zweimal verlängert werden darf, kann um so weniger bezweifelt werden, als eine solche Frist (gemäß dem, was oben §. 149. nro. I. bemerkt worden ist) selbst ohne ein Verlängerungsgesuch nach erfolgter Ungehorsamsbeschuldigung noch zweimal wiederholt werden muß.

Peremtorische Fristen aber, deren Dauer schon das Gesetz bestimmt hat, sollen allerdings (wenn sie überhaupt erstreckbar sind) nur einmal, und selbst Dieß nur aus besonders erheblichen Gründen (z. B. si aliquid inopinatum emergat) verlängert werden;

Fr. 7. D. 2. 12.

c. 1. C. 3. 11.

und diese Regel könnte man mit gutem Grunde auch auf die rein richterlichen peremtorischen Fristen ausdehnen.

Allein die rücksichtlose Durchführung dieser Regel kommt so oft mit dem natürlichen Billigkeitsgefühle in

Widerspruch, daß man sich nicht darüber wundern kann, — sie in der Praxis beinahe nie und nirgendwo strenge befolgt zu finden.

Als wirklich geltendes gemeines Rechtsprincip wird man daher kein anderes, als folgendes zu constatiren vermögen: „Auch peremtorische Fristen, seyen sie nun rein richterliche oder gemischte (wenn die letzteren nur überhaupt erstreckbar sind), dürfen mehrmal, und zwar so oft erstreckt werden, so oft es keinem Zweifel unterliegt, daß die handlungspflichtige Partei ohne Verschulden außer Stand gesetzt war, die ihr aufgetragene Handlung binnen der letzten Frist zu vollziehen." Daß dieser Grundsatz vielfach mißbraucht werden kann, und auch wirklich mißbraucht wird, ist allerdings nicht zu läugnen. Allein die Schuld fällt nicht auf das Princip selbst, sondern auf den Vollzug desselben.

Ueber das Fr. 10. D. 2. 12., welches den allgemeinen Grundsatz zu enthalten scheint, daß in pecuniariis causis überhaupt nicht öfter als einmal eine dilatio (was nicht als gleichbedeutend mit Fristverlängerung in unserem Sinne zu verstehen ist) ertheilt werden dürfe, s.

Brackenhöft, Erört. S. 506. not. 28.

Ueber den laxen Vollzug, welchen in dieser Hinsicht die Vorschrift des §. 103. des J. R. A. selbst bei dem Kammergerichte gefunden hat, vgl. u. A.

P. Gambsii, Comm. ad R. J. N. a. a. O.

Fortsetzung.

§. 153.

Außer den in der Beantwortung der bisher aufgestellten Fragen enthaltenen Grundsätzen sind noch folgende zu bemerken:

1) Auf das von einer Partei gestellte Gesuch um Verlängerung einer Frist, oder um Verlegung eines Termins soll, wie auf jeden Parteiantrag, ein ausdrückliches richterliches Decret erfolgen. Längeres Stillschweigen des Richters kann zwar an sich nicht geradezu als eine abschlägige Antwort, aber sicher ebensowenig als eine bewilligende gedeutet werden. Gleichwohl wird in der Praxis das Letztere angenommen.

Mev., Dec. lib. V. dec. 161.

Gensler a. a. O. S. 196.

Allein die von Mevius für diese Ansicht angeführten Gründe sind zu allgemein, und der D. A. v. 1557 §. 57 bestätigt zwar eine damit übereinstimmende frühere Observanz des Reichskammergerichts, fordert aber zugleich für die Zukunft ein ausdrückliches Erkenntniß. — Mit der von Gönner

Handb. II. Abh. 32. §. 9.

vorgeschlagenen Modification, daß das Stillschweigen des Richters dann einer Bewilligung gleich gelten soll, wenn das Fristgesuch alle Erfordernisse in sich enthielt, ohne welche der Richter eine Verlängerung nicht einmal ausausdrücklich ertheilen kann, — ist in der That nichts gewonnen, weil über das Vorhandenseyn jener Voraussetzung doch nicht die Partei selbst, sondern nur der Richter entscheiden kann, folglich im Falle einer Unge-

horsamsbeschuldigung von Seite des Gegners doch eder ein richterlicher Ausspruch darüber erfolgen muß.

Vgl. Brackenhöft a. a. O. S. 507.

Bei Gesuchen um Verlegung eines Termins, in welchem auch die Mitwirkung oder Anwesenheit des Richters nothwendig ist, kann ohnehin von einer stillschweigenden Bewilligung nicht die Rede seyn; außer etwa dann, wenn beide Theile dem Richter einen bestimmten Tag mit dem Beisatze vorgeschlagen hätten, daß sie, wenn bis dahin keine andere Verfügung erfolgen sollte, die Zustimmung des Richters vermuthen würden.

2) Wenn wirklich eine neue Frist bewilliget wird, so fängt diese, insofern nicht ein anderer Anfangspunkt in dem Decrete bestimmt ist, von dem Ende der vorigen Frist zu laufen an.

3) Wenn für beide Parteien gleichzeitig dieselbe Frist bestimmt ist, und diese wird auch nur auf Ansuchen einer Partei verlängert, so kommt diese Verlängerung doch auch dem Gegner zu Statten.

Arg. c. 6. §. 1. C. 2. 53.

4) Wenn eine Partei während der Frist zur Einführung der Appellation stirbt, so kommt dem Erben, wenn er die Appellation fortsetzen will, nicht etwa bloß der Rest der Einführungsfrist zu Statten, welcher zur Zeit des Todes des Erblassers noch übrig war, sondern für den Erben fängt die volle Frist wieder von vorne zu laufen an, und zwar erst von dem Zeitpunkte des Erbschaftsantrittes an gerechnet.

c. 6. C. 7. 66.

Vgl. Zimmern, R. R. G. III. §. 175. not. 2.

Die Frage, ob diese Bestimmung nicht auf alle

Fristen für Proceßhandlungen auszudehnen sey, wird mit Recht bejaht von Brackenhöft,

Erört. S. 507. not. 31.

Uebrigens sind hiebei auch die gemeinrechtlichen Bestimmungen über die Reassumtion des Processes zu berücksichtigen.

S. oben S. 154.

Von dem Ungehorsam der Parteien (Contumacia).

Vorerinnerung.

§. 154.

In der bisherigen Darstellung der Lehre von den Zeitbestimmungen ist eine der wichtigsten Fragen noch nicht besonders erörtert worden, nämlich die Frage, welche Folgen die Versäumung einer Frist oder eines Termins für den säumigen Theil hervorbringt, und in welchem Zeitpunkte diese Folgen eintreten. Die Ursache dieses Stillschweigens liegt darin, weil die Beantwortung jener Frage der herkömmlichen doctrinellen Auffassung zufolge als Gegenstand einer anderen allgemeinen Lehre, nämlich der Lehre von dem Ungehorsame, angesehen und behandelt wird. Diese Auffassung ist zwar nicht durchgehends richtig. Denn wenn man sich von dem natürlichen Begriffe des Ungehorsams nicht entfernt, so läßt sich nicht nur ein Ungehorsam ohne Fristversäumung, sondern auch umgekehrt eine Fristversäumung ohne Ungehorsam denken. Der Begriff des Ungehorsams deckt also nicht einmal alle Fälle, welche bei der Versäumung von Fristen in Frage kommen können, wenn man diesen

Begriff nicht willkürlich erweitert. Da jedoch diese Erweiterung schon längst stattgefunden hat, und da der allgemeinen Lehrweise zufolge Ungehorsam und Fristenversäumung stets in Verbindung gebracht werden, so wurde diese Verbindung auch in der vorliegenden Darstellung noch beibehalten.

Begriff des Ungehorsams (Contumacia).

§. 155.

Ungehorsam nennt man überhaupt Jeden, welcher dem Befehle eines Anderen — absichtlich oder aus Nachlässigkeit nicht Folge leistet, vorausgesetzt, daß der Letztere befugt war, ihm den Befehl zu ertheilen. Eines Ungehorsams im gerichtlichen Verfahren können sich daher nicht bloß die streitenden Theile, sondern auch dritte Personen, z. B. Zeugen schuldig machen. Ja selbst der Richter kann einen Ungehorsam begehen, z. B. wenn er einem Befehle des ihm vorgesetzten Obergerichtes nicht Folge leistet. Hier ist jedoch nur von dem Ungehorsame der streitenden Theile allein zu handeln.

In dem aufgestellten Begriffe liegen übrigens sowohl in Bezug auf die streitenden Theile, als in Bezug auf dritte Personen folgende wesentliche Merkmale:

I. Das Vorhandenseyn eines (gesetzlichen oder richterlichen) Befehles. Wenn der Richter eine Partei nicht aufgefordert, sondern ihr nur freigestellt hat, eine Handlung vorzunehmen, oder einem gerichtlichen Acte beizuwohnen, so kann das Unterlassen oder Wegbleiben offenbar nicht Ungehorsam genannt werden.

Befehlen kann aber der Richter im bürgerlichen

Rechtsstreite nicht Alles, was ihm beliebt, sondern nur Das, was nothwendig ist, um den Zweck des gerichtlichen Verfahrens zu erreichen.

Er kann also den Streitenden vorschreiben, a) zur Verhandlung der Sache vor ihm zu erscheinen; b) sich gegenseitig über die Wahrheit oder Unwahrheit aufgestellter Behauptungen zu erklären, weil der Richter dieser Erklärungen bedarf, um die eigentlichen Streitpunkte kennen zu lernen, von deren Kenntniß die zweckmäßige Leitung des Verfahrens abhängt. Der Richter kann ferner c) fordern, daß die streitenden Theile bei der Verfolgung oder Vertheidigung ihrer Rechte diejenigen Formen beobachten, welche entweder schon das Gesetz selbst bestimmt, oder deren Anordnung es seinem eigenen Ermessen überlassen hat. Endlich d) kann der Richter auch befehlen, daß eine Partei, welche bereits zu einer bestimmten Leistung oder Unterlassung verurtheilt worden ist, dem Urtheile nachkomme.

Dagegen kann er nicht befehlen, daß sich eine Partei solcher Rechts- oder Schutzmittel bedienen soll, welche bloß ihr allein Vortheil bringen könnten, durch deren Nichtbenützung aber weder der regelmäßige formelle Fortgang deß Verfahrens gehindert, noch die Gegenpartei zu irgend einer Beschwerde veranlaßt werden könnte. Er kann z. B. nicht befehlen, daß der Beklagte Einreden vorbringen, daß der Verurtheilte gegen das Urtheil appelliren soll u. dgl. Denn einmal weiß ja der Richter nicht, ob der Partei überhaupt ein solches Rechtsmittel zu Gebote steht. Er kann ihr aber vernünftiger Weise nicht zur Pflicht machen, etwas zu geben, was sie gar nicht hat. Und dann, wenn sie auch wirklich ein solches Rechtsmittel anbringen könnte, so steht es ihr nach der Natur bloßer Privatrechte immerhin frei, darauf Verzicht

zu leisten. Der Richter kann also der Partei in Ansehung solcher Handlungen nur eine Formverbindlichkeit auflegen (s. oben lit. c.), d. h. er kann ihr nur befehlen, wenn sie ein Rechtsmittel dieser Art vorbringen könnte oder wollte, so soll sie es binnen einer bestimmten Frist thun. — Das (materielle) Nichtercipiren, Nichtappelliren u. dgl. kann daher gewiß nicht „Ungehorsam" genannt werden, sondern nur die Vernachlässigung der für diese Handlungen vorgeschriebenen Form, d. h. die Nichtbeobachtung der dafür bestimmten Fristen; und auch auf diese Nichtbeobachtung paßt der Ausdruck „Ungehorsam" nur dann, wenn die Partei ein solches Rechtsmittel anbringen kann und auch anbringen will, aber dabei die vorgeschriebene Frist nicht respectirt.

Vergleicht man mit diesen allgemeinen Bemerkungen die in den gesetzlichen Quellen vorkommenden Aeußerungen über den Ungehorsam der streitenden Theile, so findet man den Ausdruck *„contumacia"* im Römischen Rechte vorzugsweise in dem Falle gebraucht, wenn eine Partei ungeachtet der an sie ergangenen Ladung nicht vor Gericht erscheint.

Fr. 53. §. 1. D. 42. 1.
c. 13. §. 2. C. 3. 1.

Außerdem wird auch contumax genannt, wer auf eine interrogatio in jure zu antworten sich weigert;

Fr. 11. §. 4. D. 11. 1.

so wie Der, welcher einem Restitutions- oder Exhibitionsbefehle keine Folge leistet.

Fr. 18. pr. D. 4. 3.
Fr. 1. Fr. 2. §. 1. D. 12. 3.
Fr. 28. §. 1. D. 49. 1.
Fr. 3. §. 14. D. 43. 5.

Hingegen die Nichtbeobachtung einer Frist, welche einer Partei zur Anbringung eines ihr vortheilhaften Proceßmittels bestimmt war, wird nicht als contumacia bezeichnet. Solche Fristen zur Vornahme einzelner Proceßhandlungen bildeten in dem gerichtlichen Verfahren nach Römischem Rechte überhaupt nur eine Ausnahme, weil der Proceß nicht, wie jetzt, eine organisch gegliederte Form hatte, sondern die Streitverhandlung in der Regel von der litis contestatio angefangen ununterbrochen bis zum Endurtheile fortgesetzt wurde.

Herm. Fr. Brandis, Abh. aus dem Civilpr. I. §. 2.
Brackenhöft, Erört. §. 175. not. 6.

Auch im canonischen Recht ist der römische Begriff der contumacia auf den zuletzt angeführten Fall noch nicht ausgedehnt worden, sondern die ersten Spuren dieser Ausdehnung hat Brandis (a. a. O. §. 3.) erst bei Schriftstellern gegen Ende des 14ten Jahrhunderts gefunden. Allein der Umstand, daß schon das canonische Recht anfing, das Verfahren in Stadien zu theilen, und Vorladungen zu bestimmten einzelnen Proceßhandlungen zu gestatten, ja selbst Präclusivfristen zur Geltendmachung gewisser Schutzmittel, z. B. der dilatorischen Einreden anzuordnen, hat ohne Zweifel dazu Veranlassung gegeben, daß der im Röm. Rechte zunächst nur auf die Ladung zur Verhandlung des ganzen Rechtsstreites berechnete Begriff des Ungehorsams allmählich auch auf alle Ladungen und richterlichen Aufforderungen zu bestimmten einzelnen Handlungen im Laufe des Verfahrens angewandt wurde, ohne Rücksicht darauf, ob die vorzunehmende Handlung an sich eine nothwendige, oder eine solche war, welche nur dem Handelnden selbst Vortheil bringen konnte.

Brackenhöft, Erört. §. 175.

Uebrigens versteht sich wohl von selbst, daß die Nichtbefolgung eines richterlichen Befehls nur dann als Ungehorsam betrachtet werden kann, wenn derselbe der Partei, an welche er gerichtet war, auch in gehöriger Form bekannt gemacht wurde.

Vgl. oben §. 136.

II. Der natürliche Begriff des Ungehorsams setzt ferner noch voraus, daß der nicht befolgte Befehl von dem competenten Richter erlassen war. Denn wer dem nicht gehorcht, der ihm nichts zu befehlen hat, wird im gewöhnlichen Leben nicht ungehorsam genannt, und das Röm. Recht stimmt auch damit überein.

Fr. 53. §. 3. D. 42. 1.

Fr. ult. D. 2. 1.

Nur ist der von einem Richter, welchen er für incompetent hält, Geladene schuldig, wenigstens zur Geltendmachung seiner Einsprache gegen die Competenz des Ladenden vor ihm zu erscheinen.

Fr. 2. D. 2. 5.

Fr. 5. D. 5. 1.

S. oben S. 248.

Endlich setzt

III. der Vorwurf des Ungehorsams im gewöhnlichen Sinne auch noch voraus, daß der Aufgeforderte dem an ihn ergangenen Befehle entweder absichtlich (contumacia dolosa) oder aus Fahrlässigkeit (contumacia culposa) nicht Folge geleistet habe. Denn wer bei dem besten Willen zu gehorchen nicht gehorchen konnte, verdient den Vorwurf des Ungehorsams nicht. Da jedoch die subjectiven und zufälligen Gründe der Nichtbefolgung namentlich bei Fristversäumungen in der Regel nicht so leicht zur Evidenz zu bringen sind, und da es daher zu

einer höchst nachtheiligen Verzögerung des Verfahrens führen würde, wenn die Ungehorsamsbeschuldigung zugleich mit dem Nachweise eines dolus oder einer culpa verbunden seyn müßte, so genügt es zur Begründung dieser Anklage, wenn nur die objective Nichtbefolgung des Befehls nachgewiesen wird. Nicht der Ankläger hat daher zu beweisen, daß sich der Saumselige in dolo oder in culpa befand, sondern es ist nur dem Letztern gestattet, das Gegentheil zu beweisen. Damit hängt die bekannte Eintheilung des Ungehorsams in cont. vera und praesumta zusammen.

Die Veranlassung zu dieser Unterscheidung hat schon das Röm. Recht gegeben.

Fr. 53. §. 2. D. 42. 1.

„*Poenam* contumaciae non patitur, quem adversa valetudo, vel majoris causae occupatio *defendit*.“

Arg. Fr. 1. §. 3. D. 3. 1.

„quasi non obtemperasset, poena ut contumax plecteretur.“

Fr. 8. D. 4. 4.

„quasi contumax.“

Vgl. übrigens über diese Eintheil. Glück III. §. 253. nro. II.

Sintenis, Erläuter. II. und III. Heft. S. 350. §. 5.

Folgen des Ungehorsams.

§. 156.

Die rechtlichen Folgen des Ungehorsams sind nicht immer dieselben, sondern sie hängen von der Beschaffenheit der unterlassenen Handlung ab.

Weigert sich nämlich

I. eine Partei, welche ihrem Gegner zu einer bestimmten Leistung oder Unterlassung rechtskräftig verurtheilt ist, dem Urtheile nachzukommen, so kann gegen sie auf die Anwendung obrigkeitlicher Zwangsmaßregeln angetragen werden, welche je nach der Verschiedenheit des Gegenstandes der Verurtheilung sehr verschieden seyn können, und von welchen später bei der Lehre von der Execution ausführlicher zu handeln ist.

Hat sich aber

II. eine Partei im Laufe des Verfahrens eines Ungehorsams schuldig gemacht, so kommt es darauf an, ob die unterlassene Proceßhandlung für den Richter nothwendig war, um sich über das Streitverhältniß gehörig zu informiren oder eine für die künftige Entscheidung nöthige Grundlage zu gewinnen, oder ob die Handlung nur der säumigen Partei allein hätte Vortheil bringen können. — In dem letzten Falle tritt Präclusion ein, d. h. die nicht rechtzeitig vorgenommene Handlung wird in der Regel später nicht mehr zugelassen.

z. B. c. 4. X. 2. 25.
c. 5. X. 2. 28.
J. R. A. §. 37. §. 57.

In dem ersten Falle hingegen würde die Präclusion dem Zwecke, — den Fortgang des Processes ungeachtet der Unthätigkeit einer Partei doch möglich zu machen,

nicht entsprechen, weil zur Erreichung dieses Zweckes der Vollzug einer solchen Handlung als nothwendig erscheint, durch die bloße Präclusion aber nur eine Lücke entstünde. Hier wird also angenommen (fingirt), daß die Handlung auf irgend eine Art vollzogen worden sey.

Der nähere Inhalt dieser Fiction ist jedoch in verschiedenen Fällen verschieden, indem bald ein Geständniß, bald das Gegentheil angenommen wird.

Z. B. C. G. O. 1555. Thl. III. Tit. 43. §. 4.
J. R. A. §. 36.
J. R. A. §. 49.
Fr. 34. §. 9. Fr. 38. D. 12. 2.

Wegen der Verschiedenheit dieser Folgen wird übrigens von denselben zweckmäßiger im speciellen Theile gehandelt.

Vgl. über diese Auffassung:

Mittermaier, Beitr. zum gemein. d. Proc. II. S. 101 flg.

Sintenis a. a. O. S. 333.

Brandis, Abhandl. aus dem Civilproc. I. Vorwort S. XII.

A. M. Brackenhöft, Erört. S. 512. not. 24. und S. 516 unt. und 517.

III. Abgesehen von den bisher angeführten Folgen des Ungehorsams entsteht durch diesen für die Partei, welcher derselbe zur Last fällt, jedenfalls die Verbindlichkeit, ihrem Gegner die Unkosten zu ersetzen, welche ihm entweder durch ihr Ausbleiben verursacht, — oder welche durch ihr Ausbleiben vereitelt worden sind.

c. 15. C. 3. 1.

Gensler, Hdb. S. 425.

S. oben S. 83.

War eine Partei fortwährend ungehorsam, so muß sie ihrem Gegner die Proceßkosten selbst dann ersetzen, wenn der Letztere in der Hauptsache unterlegen ist.

S. oben S. 82. §. 26.
Gensler, Hdb. S. 407.
A. M. Schmid, Hdb. S. 202. not. 63 u. 64.

Als eine Folge des beharrlichen Ungehorsams wird übrigens im Röm. Rechte auch der Verlust der Appellation angeführt.

Fr. 73. §. 3. D. 5. 1.
c. 1. C. 7. 65.
Nov. 82. c. 5.

Das Nähere darüber später in der Lehre von der Appellation.

Endlich

IV. ist in gewissen Fällen der Ungehorsam auch mit einer öffentlichen Strafe bedroht, z. B.

R. D. A. v. 1600. §. 95.
c. 4. §. 1. c. 5 u. 28. X. 1. 29.

Die unter Nr. III. angeführte Folge des Ungehorsams pflegt man übrigens, — weil sie jedesmal eintritt, so oft dem Gegner durch den Ungehorsam Auslagen verursacht wurden, — poena contumaciae generalis; — die unter Nr. I. und II. aufgezählten aber, weil sie nur in gewissen Fällen stattfinden, — poenas cont. speciales zu nennen.

Ueber den Grund und den rechtlichen Charakter der Ungehorsamsfolgen.

§. 157.

Die Frage, aus welchem Princip die Folgen des Parteiungehorsams im Civilprocesse abzuleiten seyen und welchen rechtlichen Charakter sie an sich tragen, ist in der neueren Zeit Gegenstand einer vielseitigen polemischen Erörterung geworden.

Die Idee, daß den Ungehorsamsstrafen das Princip der Extinctivverjährung zu Grunde liege, hat zwar keinen Vertheidiger gefunden; und sie ist auch in der That unhaltbar. Denn auch abgesehen davon, daß die Gesetze die Analogie der Verjährung in diesem Gebiete nirgendwo berühren, würde dieselbe jedenfalls nur bei der Versäumung von Fristen mit einigem Scheine benützt werden können, während sich ein Ungehorsam auch ohne Fristversäumung denken läßt; und selbst da, wo eine Frist versäumt worden ist, würde das Princip der Verjährung völlig unpassend seyn, wenn die Handlung, welche binnen der versäumten Frist hätte vorgenommen werden sollen, nicht in der Geltendmachung eines Rechtes, sondern in der Erfüllung einer Verbindlichkeit der ungehorsamen Partei bestand. Aber auch die Folge der Versäumung einer Frist zur Geltendmachung eines processualischen Rechtsmittels (z. B. der Einreden) beruht zum Theile auf eigenthümlichen Grundsätzen, welche der Klagenverjährung fremd sind, z. B. hinsichtlich der s. g. purgatio contumaciae.

Dagegen ist von Mehreren versucht worden, die Folgen des Ungehorsams auf das Princip eines still-

schweigenden, oder eines fingirten Verzichts zurückzuführen;

v. Gönner, Hdb. I. Abh. 21.

v. Grolman, Theorie des Civilproc. §. 130.

L. Prasse, Diss. de indole contumaciae in caus. civil. Lips. 1829.

während Andere den Ungehorsam überhaupt als eine Pflichtverletzung auffaßten, und daher die Folgen desselben aus dem Gesichtspunkte einer Strafe darstellten.

Chr. Martin, Prol. de indole contum. in caus. civ. content. 1802.

E. Morgenstern, de orig. et ambitu regulae „contumacia non accusata non nocet.“ Lips. 1829.

Von diesen beiden Ansichten entspricht nun zwar allerdings die letztere den gesetzlichen Quellen des gemeinen Processes mehr als die erste, weil zur Zeit der Entstehung dieser Quellen der Begriff des Ungehorsams vorzugsweise nur auf Nichtachtung der obrigkeitlichen Autorität durch unterlassenes Erscheinen auf ergangene Ladung, oder durch widerspenstiges Nichtantworten auf gestellte Fragen u. dgl. beschränkt war.

Seitdem aber der Begriff des Ungehorsams auch auf die Versäumung einer, speciell zur Geltendmachung eigener Rechte und Vortheile anberaumten Frist ausgedehnt worden ist, glaubte man das Princip der Strafe als ein allgemein durchgreifendes nicht mehr betrachten zu können.

Die meisten Schriftsteller der neuesten Zeit haben daher den Versuch, alle Strafen des Ungehorsams aus einem Causalbegriffe abzuleiten, aufgegeben, und in so fern eine gemischte Theorie aufgestellt, als sie mit Rücksicht auf die eigenthümliche Beschaffenheit der unterlassenen Handlung bald das Princip der Strafe, bald das

Princip des Verzichts (entweder eines stillschweigenden, oder eines fingirten) zu Grunde legten.

Vergl. Gensler im Arch. für civ. Praxis. IV. S. 199 flg.

J. J. Lauk, über den Ungehorsam im bürgerl. Rechtsstreit. Würzb. 1827.

C. F. Mühlenbruch, Entwurf des gemeinr. Civilproc. 2te Aufl. S. 91.

Brandis a. a. O. im Vorwort S. XV flg.

v. Linde, Lehrb. (7te Aufl.) §. 175.

Schmid, Hdb. I. §. 91.

Wenn man unbedingt darauf besteht, für die oben angeführten Folgen des Ungehorsams gewisse allgemeinere Gesichtspunkte aufzufinden (obgleich nicht abzusehen ist, welchen Gewinn diese abstracte Auffassung gewähren soll), so dürfte (abgesehen von der Execution eines rechtskräftigen Urtheils [s. §. 156. Nr. I.]) folgende Charakteristik der einzelnen Contumacialfolgen nach der gegenwärtigen gemeinrechtlichen Praxis am meisten für sich haben:

A. Wenn der Richter einer Partei oder ihrem Anwalt auf den Fall des Nichterscheinens einen pecuniären Nachtheil androht (was hie und da nach Particulargesetzen geschehen darf), oder wenn gegen saumselige Tutoren oder Curatoren nach §. 95. des D. A. von 1600 verfahren wird (§. 156. Nr. IV.); so trägt der Nachtheil unverkennbar die Merkmale einer Strafe, und zwar einer öffentlichen Strafe an sich. — Auch die gesetzliche Verfügung, daß wegen beharrlichen Ungehorsams selbst die in der Hauptsache siegende Partei ihrem unterliegenden Gegner die Proceßkosten zu erstatten schuldig seyn soll (§. 156. Nr. III. Abs. 2.), ist eine Poenalverfügung.

Gensler, Hdb. S. 407.

Nur hat hier die Strafe mehr die Natur einer Privatstrafe.

B. Die Verbindlichkeit der ungehorsamen Partei, ihrem Gegner die durch den Ungehorsam verursachten, oder vereitelten Kosten zu vergüten (§. 156. Nro. III. Abs. 1.), wird jetzt gewöhnlich unter den allgemeinen Gesichtspunkt der Verpflichtung zum Schadensersatze gestellt.

C. Wenn eine Partei mit einer solchen Proceßhandlung präcludirt wird, welche nur ihr allein zum Vortheil hätte gereichen können, so liegt in der Präclusion allerdings ein Nachtheil für sie, vorausgesetzt, daß sie wirklich einen Stoff zu dieser Handlung gehabt hätte. Denn sie verliert ja durch die Präclusion ein Mittel, durch dessen Gebrauch sie vielleicht den Sieg in der Hauptsache hätte bewirken können.

Ob aber dieser Nachtheil eine Strafe genannt werden könne, oder nicht, hängt davon ab, ob die Unterlassung der vortheilhaften Handlung von ihr selbst gewollt war oder nicht.

In dem ersten Falle kann von einer Strafe nicht die Rede seyn. Denn sie hatte ja keine Verbindlichkeit dazu, die Handlung selbst vorzunehmen. Sie konnte darauf verzichten, und Das ist in diesem Falle geschehen.

Wenn sie aber die Handlung nicht aufgeben wollte, aber gleichwohl die dazu vorgeschriebene Frist versäumte, dann ist die Präclusion wirklich eine Strafe, wenigstens im weiteren Sinne, in welchem man überhaupt die nachtheiligen Folgen einer schuldhaften Handlung oder Unterlassung Strafen zu nennen pflegt. Die Reichsgesetze gebrauchen auch wirklich dafür den Ausdruck „Strafe". J. R. A. §. 37.

Nur als eine öffentliche Strafe kann die Präclusion nicht betrachtet werden, weil sie der Gegner nachsehen kann. Immerhin ist dieser Gesichtspunkt noch passender, als der des „Verzichtes", indem ja vorausgesetzt wird, daß der Säumige nicht verzichten wollte.

Nur den Gesichtspunkt eines fingirten Verzichts kann man gelten lassen. Allein dadurch wird der Begriff der Strafe keineswegs aufgehoben, weil gerade in der Rücksichtslosigkeit der Fiction auf den Willen des Betheiligten ein strafendes Moment enthalten ist. Die Gesetze unterstützen übrigens selbst die Auffassung der Präclusion von dem Standpunkte eines fingirten Verzichtes.

c. 7. C. 9. 1.

c. 15. X. 2. 27. (s. oben S. 446.)

c. 6. in 6to 2. 15.

Ein stillschweigender Verzicht kann jedoch in diesem Falle nicht angenommen werden, weil die Versäumung der Frist nicht bloß durch die Absicht der Partei, das in Frage stehende Rechtsmittel nicht gebrauchen zu wollen, sondern auch aus andern Gründen erklärt werden kann, z. B. aus Vergessenheit. Auch würde der bloßen Präsumtion eines Verzichtes immer durch eine ausdrückliche Protestation vorgebeugt, und dadurch die Folge der Präclusion abgewandt werden können, was doch bekanntlich durchaus nicht der Fall ist. — Daß endlich

D. die besondere Folge des Ungehorsams, welche im Falle der Unterlassung einer nothwendigen, pflichtmäßigen Handlung eintritt (§. 156. Nr. II. a. E.), nicht aus dem Gesichtspunkte eines Verzichtes erklärt werden könne, ist für sich klar, weil man nur auf Rechte und Vortheile, nicht aber auf Erfüllung von Verbindlichkeiten

renunciren kann. Ob aber der eintretenden Folge der Charakter einer Strafe beigelegt werden könne, oder nicht, das hängt von der jedesmaligen Beschaffenheit derselben ab. Da wo in Folge des Ungehorsams die Fiction eines Geständnisses eintritt, ist der Gesichtspunkt der Strafe nicht unpassend, wie denn auch wirklich der Ausdruck „poena" allgemein dafür gebraucht wird, z. B. poena confessi, recogniti. Wenn aber die unterlassene Handlung durch eine dem Säumigen unnachtheilige Fiction supplirt wird, wie z. B. bei dem Ungehorsam des Beklagten in der Beantwortung der Klage, so ist auch der Begriff der Strafe nicht anwendbar.

Vgl. Sintenis, Erläut. Heft II u. III. S. 318 flg. und S. 332 flg.

Schmid, Hdb. I. S. 302 oben.

Wenn man höher aufsteigt, um einen allgemeinen Gesichtspunkt zu finden, dem auch die bisher angeführten speciellen Erklärungsgründe untergeordnet sind, so wird man kaum zu einem anderen Resultate gelangen, als zu dem, welches Brackenhöft in den

Erörter. S. 513 oben

mit den Worten ausdrückt:

„Der Grund der Gesetze über die Folgen des Ungehorsams ist die Erreichung des Zweckes des Processes."

Die Richtigkeit dieses Satzes ist keinem Zweifel unterworfen. Nur ist derselbe freilich so allgemein, daß er zur Entscheidung einzelner Streitfragen in dieser Lehre keine brauchbaren Anhaltpunkte darbietet.

Aus einer negativen Zwangsverbindlichkeit der Parteien zum Handeln im Processe sucht die Folgen des Ungehorsams abzuleiten

C. F. F. Sintenis, der Ungehorsam der Part. im bürgerl. Proceß. Zerbst 1828.

Derselbe in den Erläuter. Heft II u. III. §. 3. S. 331 flg.

Zu einer vollständigen Erklärung aller einzelnen Ungehorsamsfolgen reicht aber auch dieses Princip nicht aus.

S. Brandis a. a. O. im Vorworte S. VI. u. VII.

Von den Voraussetzungen des wirklichen Eintrittes der Folgen des Ungehorsams.

§. 158.

Hinsichtlich der Voraussetzungen, unter welchen die (§. 156) angeführten Folgen des Ungehorsams wirklich eintreten, oder von dem Richter förmlich ausgesprochen werden dürfen, ist zu unterscheiden zwischen der sogenannten *allgemeinen* Ungehorsamsstrafe, — d. h. der Verbindlichkeit zum Kostenersatze, und den *übrigen Nachtheilen.*

Zum Ersatze der Auslagen, welche einer Partei entweder durch den Ungehorsam ihres Gegners *verursacht*, oder durch dessen Ungehorsam *vereitelt* worden sind, ist der Letztere jedesmal verpflichtet, die Aufforderung zum Erscheinen, oder zur Vornahme einer bestimmten Handlung möge nun eine peremtorische, oder nur eine dilatorische gewesen seyn; — mit andern Worten: „um den Ungehorsamen zum Ersatze dieser Auslagen verurtheilen zu dürfen, ist es gar nicht nothwendig, daß dem Urtheile eine Androhung dieser Contumacialfolge vorausgegangen war.“ — Nur muß der Termin oder die

Frist, welche zum Erscheinen oder Handeln bestimmt war, abgelaufen, und der Richter zu einem Urtheile über den Kostenersatz durch eine Ungehorsamsbeschuldigung veranlaßt seyn. Denn aus eigenem Antriebe braucht er sich auch um die Realisirung dieser Verbindlichkeit nicht zu bekümmern. Ein ausdrückliches Gesuch um Verurtheilung des ungehorsamen Theiles zum *Kostenersatze* ist jedoch nicht nothwendig, sondern es genügt schon eine allgemeine Ungehorsamsbeschuldigung, weil der Richter auf den Kostenpunkt überhaupt von Amtswegen Rücksicht nehmen soll.

S. oben S. 85. nro. 3.

Hinsichtlich der übrigen besonderen Nachtheile des Ungehorsams ist aber weiter zu unterscheiden zwischen den *öffentlichen Strafen* des Ungehorsams, welche, — auch abgesehen von der dadurch bewirkten Störung der processualischen Ordnung, — schon in der Verletzung einer *allgemeinen* Pflicht ihren Grund haben, — und solchen Nachtheilen, die bloß zur Aufrechthaltung der Ordnung des Verfahrens allein eingeführt worden sind. Die Verhängung öffentlicher Strafen hängt bloß von dem richterlichen Ermessen ab, z. B. die Ahndung eines persönlichen Trotzes, einer *declarirten* Widersetzlichkeit gegen richterliche Befehle und Anordnungen. Eine Ungehorsamsbeschuldigung von Seite der Gegenpartei ist hier überflüssig, weil hier nicht ihr Interesse, sondern die Aufrechthaltung der öffentlichen Autorität allein der Grund der Strafbestimmung ist. — Der Eintritt der übrigen besonderen Folgen des Ungehorsams, z. B. der Präclusion, der Fiction einer bestimmten Antwort u. dgl., findet aber nur unter folgenden Bedingungen statt:

1) Der Nachtheil, welcher gegen den Ungehorsamen verhängt werden soll, muß demselben vorher angedroht worden seyn.

Nur dann, wenn eine Partei bereits zum drittenmale aufgefordert war, die betreffende Handlung vorzunehmen, und sie dessen ungeachtet keine Folge leistete, würde die entsprechende Contumacialstrafe (z. B. Präclusion, oder fingirtes Geständniß u. s. w.) ausgesprochen werden dürfen, obgleich das dritte Aufforderungsdecret von dieser Strafe keine ausdrückliche Erwähnung machte, weil nach gesetzlicher Vorschrift die dritte Aufforderung als solche schon peremtorische Kraft hat.

Fr. 53. pr. §. 1. D. 42. 1.

Allein in der Praxis hält man eine Androhung auch bei der drittmaligen Ladung wenigstens in der Art für nothwendig, daß der Richter die Frist ausdrücklich als peremtorisch bezeichnet.

Gensler im Arch. IV. S. 202 u. 203.

Heffter, Syst. S. 253. §. 209.

Nur bei s. g. absoluten Fatalien wird eine vorausgehende richterliche Androhung für überflüssig erachtet. Bei gemischten Fatalien fordert man wenigstens eine allgemeine Bezugnahme oder Erinnerung an die gesetzliche Vorschrift.

Gensler a. a. O.

Von selbst versteht sich hiebei, daß die Drohung auch zur Kenntniß der aufgeforderten Partei gekommen seyn muß;

Fr. 1. §. 3. D. 49. 8.

wenn nicht etwa die Ladung in edictaler Form erlassen war, und nach der Beschaffenheit des Falles in dieser Form auch erlassen werden durfte.

Da übrigens die richterliche Drohung das gesetzliche Maaß, wo ein solches besteht, nicht überschreiten soll, so kann im Falle einer Ueberschreitung dieses Maaßes mit Erfolg doch nur der gesetzlich angedrohte Nachtheil verhängt werden.

War aber der Richter schonender als das Gesetz, so bleibt es bei seiner Verfügung.

2) Die Frist muß gänzlich abgelaufen, — der Termin muß versäumt seyn. — Letzteres ist aber erst dann der Fall, wenn die vorgeschriebene oder herkömmliche Gerichtszeit des Tages, auf welchen die Ladung lautete, verstrichen ist.

3) Aber auch nach dem Ablaufe der Frist oder des Termins wird die Ungehorsamsstrafe von dem Richter nicht ohne Weiteres aus eigenem Antriebe ausgesprochen, sondern erst dann, wenn ihm der Gegner durch eine Ungehorsamsbeschuldigung dazu Veranlassung gegeben hat.

c. 13. §. 2. C. 3. 1.

Die gesetzliche Begründung dieses Erfordernisses durch Bezugnahme auf das Röm. Recht ist zwar in neuerer Zeit bestritten worden von

E. Morgenstern, Dissert. de orig. et ambitu regulae: contum. non accus. non nocet. Lips. 1829;

aber nicht mit hinreichenden Gründen.

Vgl. Brandis a. a. O. Vorw. S. XIX. flg.

Uebrigens entspricht dieses Erforderniß nicht nur der Verhandlungsmaxime des gemeinen Rechtes, sondern es hat auch beachtenswerthe Gründe der Zweckmäßigkeit für sich.

Sintenis, Erläuter. II. u. III. S. 340 flg.

Nur bei sogenannten Fatalien wird eine Ungehorsamsbeschuldigung für unnöthig gehalten.

Gensler a. a. O. S. 205. §. 13.

Ueber den Grund dieser Ausnahme: Sintenis a. a. O. S. 348 flg.

Fortsetzung.

Von der sogenannten purgatio contumaciae.

§. 159.

Da die specielle Folge des Ungehorsams von dem Richter erst dann förmlich ausgesprochen werden soll, wenn eine Ungehorsamsbeschuldigung von dem Gegner des Säumigen gestellt worden ist, so entsteht die Frage, wie es in dem Falle zu halten ist, wenn die zum Handeln aufgeforderte Partei zwar die Frist versäumt, aber die betreffende Handlung doch noch früher vorgenommen hat, als die Ungehorsamsbeschuldigung gestellt wurde.

Abgesehen von positiven Bestimmungen, von allgemeinen Billigkeitsgründen, und von der mit diesen Gründen zusammenhängenden gemeinrechtlichen Praxis, ließe sich zwar die strenge Ansicht vertheidigen, daß der Richter auch in diesem Falle die angedrohte Ungehorsamsfolge auszusprechen habe. Denn die Drohung war auf die Versäumung der Frist gestellt; die Frist ist aber wirklich versäumt. Die Ungehorsamsbeschuldigung des Gegners ist nicht als eine innere rechtliche Bedingung des Eintretens der Strafe, — sondern nur als ein äußerer Impuls, als eine bloße Mahnung für den Richter zu betrachten, die bereits verwirkte Strafe auszusprechen. — Neuere Gesetzgebungen neigen sich auch in Folge ihres Strebens nach Abkürzung der Processe dieser strengen Auffassung wirklich zu.

Allein das gemeine Recht hat von jeher in dieser, wie in mancher anderen Beziehung das Princip der natürlichen Billigkeit der rücksichtlosen Strenge vorgezogen. — Im Mittelalter konnte die Strafe des Ungehorsams nicht nur dadurch abgewandt, oder nach dem herkömmlichen Ausdrucke die contumacia purgirt werden, daß man die versäumte Handlung noch vor der Ungehorsamsbeschuldigung nachholte, sondern sogar durch eine Nachholung derselben nach bereits gestellter Accusation, so lange nur das richterliche Strafurtheil selbst noch nicht erfolgt war. Diese Ansicht wurde auch noch von der Mehrzahl der Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts festgehalten.

In der neueren Doctrin hat zwar die Meinung, daß schon die Ungehorsamsanklage den Schlußpunkt für die erlaubte Nachholung des Versäumten bilde, die Oberhand erhalten. Allein so weit ist auch die neuere Doctrin nicht gegangen, jede Nachholung nach versäumter Frist unbedingt auszuschließen.

Frägt man nun, welche von diesen beiden doctrinellen Ansichten den Vorzug verdient, so ist dieser zwar nach positiven und historischen Gründen der älteren Ansicht einzuräumen, welche eine purgatio contumaciae bis zum Contumacialurtheile zuläßt, wie Brandis in der schon öfter angeführten Abhandlung überzeugend nachgewiesen hat. Der vorherrschende Gerichtsgebrauch nimmt aber gleichwohl noch immer den Moment der Ungehorsamsbeschuldigung als den Zeitpunkt an, nach welchem eine purgatio contumaciae nicht mehr stattfinden soll.

Von dem Momente angefangen, in welchem die purgatio contumaciae ausgeschlossen ist (man möge nun als solchen den Zeitpunkt der Ungehorsamsklage oder des

eröffneten Contumacialdecrets betrachten), bleibt dem Säumigen zur Abwendung des Nachtheils kein anderes Mittel mehr übrig, als ein gehörig motivirtes Restitutionsgesuch. — Das Nähere über die Erfordernisse eines solchen Restitutionsgesuches wird später in der Lehre von den Rechtsmitteln vorkommen.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß man durch die purgatio contumaciae jedenfalls nur der speciellen Ungehorsamsfolge vorbeugen, keineswegs aber auch die Verbindlichkeit der durch die Fristversäumung dem Gegner verursachten Unkosten beseitigen kann.

S. schon die Glosse zu c. 24. X. 1. 29.

Brandis a. a. O. S. 117. not. 1.

Fortsetzung.

Von der Ungehorsamsbeschuldigung und dem sogenannten terminus circumductus.

§. 160.

Die Form der Ungehorsamsbeschuldigung ist, theilweise wenigstens, verschieden, je nachdem der Ungehorsam darin bestand, daß eine Partei in einem Termine, in welchem sie hätte erscheinen sollen, ausgeblieben war; — oder, daß sie eine Frist, binnen welcher sie eine Handlung hätte vornehmen sollen, fruchtlos vorübergehen ließ.

In einem wie in dem anderen Falle muß zwar 1) der Ankläger nachweisen, daß und wann dem Gegner das Ladungs- oder Aufforderungsdecret gehörig insinuirt worden sey, weil außerdem von einem Ungehorsam nicht

die Rede seyn könnte; — und eben so muß 2) in beiden Fällen ein Antrag auf gerichtliche Verfügung einer Ungehorsamsfolge gestellt werden.

In folgenden Beziehungen zeigt sich jedoch zwischen beiden Fällen ein Unterschied:

a) Wer seinen Gegner wegen eines versäumten Termines anklagen will, muß selbst in diesem Termine erschienen seyn. Denn ist auch er ausgeblieben, so hat der Richter die Ladung zu circumduciren, d. h. für erloschen zu erklären.

Fr. 73. D. 5. 1.
Fr. 27. §. 1. D. 40. 12.
c. 6. C. 7. 43.
Vgl. Fr. 45. pr. D. 42. 1.

Diese Stellen sprechen zwar von der circumductio nur in dem Falle, wenn der Implorant allein ausgeblieben, der geladene Gegner aber erschienen war, also nicht von einem Ungehorsame des Letzteren. Allein, wenn schon in diesem Falle die Ladung circumducirt werden darf, so muß es in dem Falle, wenn beide Theile ausbleiben, um so mehr geschehen dürfen.

Brackenhöft S. 523. not. 33.

Der innere Grund dieser Bestimmung liegt übrigens darin, weil es schon dem natürlichen Gefühl widerspricht, einen Anderen einer Rechtsverletzung zu beschuldigen, deren man sich selbst schuldig gemacht hat (Dolus cum dolo, culpa cum culpa compensatur).

Auf den Fall versäumter Fristen ist jedoch die Circumductionslehre nicht anwendbar, weil Fristen in der Regel nicht zu gleichzeitiger beiderseitiger Thätigkeit anberaumt werden, also in diesem Falle auch nur eine

Partei ungehorsam seyn kann. Bei dem Fatale zur Einwendung eines ordentlichen Rechtsmittels gegen ein richterliches Urtheil findet zwar in dieser Hinsicht eine Ausnahme statt, weil diese Frist gleichzeitig beiden Parteien läuft, wenn etwa jede derselben mit dem Urtheile unzufrieden seyn sollte. Allein in diesem Falle findet das Princip der Circumduction überhaupt keine Anwendung, sondern, wenn Beide die Frist versäumen, so ist auch für Beide das Rechtsmittel desert.

v. Gönner, Handb. I. 21. §. 18.

Außerdem können zwar auch noch in Folge der Eventualmaxime beide Parteien zu gleichzeitigem Handeln binnen derselben Frist aufgefordert werden, z. B. der Kläger zur Antretung des Beweises seiner Klage, der Beklagte zur Antretung eines Einredebeweises. Allein in diesem Falle ist die Versäumung der Frist von Seite des Beklagten kein rechtliches Hinderniß der Ungehorsamsanklage gegen den Kläger, wenn auch dieser die Frist versäumt hatte, weil für den Beklagten die Nothwendigkeit, den Einredebeweis anzutreten, ungeachtet der Gleichzeitigkeit beider Fristen, doch nur eine eventuelle bleibt.

Vgl. Schmid, Hdb. I. S. 303.
Brandis a. a. O. S. 113. not. 1.

b) Wer seinen Gegner wegen Versäumung einer Frist des Ungehorsams beschuldigen will, muß Dieses nicht gerade sogleich unmittelbar nach dem Ablaufe der Frist thun, sondern kann die Anklage auch beliebig später stellen. Nur risquirt er bei einer längeren Verzögerung, daß mittlerweile von dem Gegner der Ungehorsam purgirt werden könnte, und daher die verspätete Anklage erfolglos bliebe.

Wer aber seinen Gegner wegen des Ausbleibens in einem Termine anklagen will, muß die Anklage noch im Termine selbst stellen. Außerdem hält man in der Praxis den Termin für circumducirt.

Sintenis, der Ungehorsam der Parteien u. s. w. S. 122 und 123.

Specieller Theil.

Einleitung.

§. 161.

Der ordentliche Proceß kann überhaupt in vier Hauptabschnitte oder Perioden getheilt werden, deren jede eine Reihe von Handlungen enthält, welche zusammengenommen einen gemeinschaftlichen, diesem Abschnitte eigenen Zweck haben, nämlich

I. in das s. g. erste Verfahren oder die Periode des Schriftenwechsels,

II. das Beweisverfahren,

III. die Periode der Rechtsmittel und

IV. der Execution.

Diese Abschnitte sind keineswegs willkürlich gewählt, sondern ergeben sich aus der Natur und dem Zwecke des gerichtlichen Verfahrens.

Vor allem muß sich nämlich der Richter eine bestimmte und genaue Kenntniß Dessen zu verschaffen suchen, was eigentlich unter den Parteien streitig ist; er muß die Materialien sammeln, um daraus den status controversiae herzustellen. Dieses ist aber auf andere Art nicht möglich, als dadurch, daß er beiden Theilen Gelegenheit gibt, ihre Behauptungen und Gegenbehauptungen vollständig vorzutragen, und der Inbegriff dieser Vorträge bildet das erste Verfahren.

Durch die Kenntniß der Streitfrage allein ist jedoch der Richter noch keineswegs immer in den Stand gesetzt, die Sache schon sogleich entscheiden zu können. Dazu wird auch *die Ueberzeugung von der Wahrheit* derjenigen Behauptungen vorausgesetzt, von welchen die Entscheidung abhängt, und diese Ueberzeugung ist nach dem Schlusse des Schriftenwechsels selten schon vorhanden. Der Richter muß demnach eine neue Reihe von Verhandlungen eröffnen, deren gemeinschaftlicher Zweck darin besteht, die Wahrheit oder Unwahrheit des Behaupteten auszumitteln, und dadurch bildet sich der zweite Abschnitt — das Beweisverfahren.

Nach vollendetem Beweisverfahren hindert zwar den Richter nichts mehr, sein Urtheil auszusprechen. Da indessen die streitenden Theile nicht schuldig sind, sich bei seinem Ausspruche zu beruhigen, sondern, wenn sie glauben, daß das Erkenntniß den Acten und Gesetzen nicht gemäß sey, dagegen Beschwerde führen können, so ist hiedurch noch die Möglichkeit zu weiteren Verhandlungen gegeben, welche die nochmalige Prüfung der Sache zum Zwecke haben (Periode der Rechtsmittel).

Selbst dann endlich, wenn auch wirklich schon Rechtskraft eingetreten, und eine weitere Anfechtung durch ordentliche Rechtsmittel ausgeschlossen ist, kann noch dadurch ein eignes Verfahren nothwendig werden, daß sich der Verurtheilte weigert, dem Urtheile Folge zu leisten. Der Sieger kann nämlich in diesem Falle auf die Anwendung obrigkeitlicher Zwangsmittel gegen den Verurtheilten antragen, und dadurch entsteht die Periode der Execution.

Diese Abtheilung ist jedoch nicht so zu verstehen, als wenn in *jedem* ordentlichen Processe diese vier Abschnitte, und zwar auch äußerlich von einander getrennt

vorkommen müßten. Zwei dieser Perioden sind nur zufällig, nämlich die Periode der Rechtsmittel, — weil sich die Parteien, auch ohne weitere Anfechtung dem Urtheile unterwerfen können; — und die Periode der Execution, — weil durch freiwillige Folgeleistung des Verurtheilten der gerichtliche Zwang überflüssig wird.

Nur der Schriftenwechsel und die Herstellung des Beweises sind immer wesentlich, indem ohne Kenntniß des Streitpunktes, und ohne Ueberzeugung des Richters von der Wahrheit der bestrittenen Behauptungen eine gerechte Entscheidung an sich schon gar nicht denkbar ist. Aber selbst diese beiden Momente müssen gerade nicht immer in zwei von einander getrennten Abschnitten des Verfahrens ausgemittelt werden, sondern sie können sich zuweilen nebeneinander in demselben Abschnitte des Processes vollständig entwickeln, so daß der Richter nach dem Schlusse dieses Abschnittes sogleich schon zum Urtheile schreiten kann. Dieses ist namentlich dann der Fall, wenn sich die Parteien alle thatsächlichen Behauptungen im Laufe des ersten Verfahrens gegenseitig ohne Rückhalt zugestehen, und folglich die Entscheidung nur von der Lösung einer reinen Rechtsfrage abhängt. Denn in diesem Falle hat der Richter schon durch die wechselseitigen Geständnisse die erforderliche Ueberzeugung in Ansehung der factischen Grundlage des Streites gewonnen, und es wäre demnach zwecklos, noch ein besonderes Beweisverfahren einzuleiten.

Von den so eben hervorgehobenen vier Abschnitten eines ordentlichen Processes waren ihrer Natur und ihrem Zwecke nach zwei, nämlich das Stadium der Execution, und das der Rechtsmittel von jeher von dem übrigen Verfahren getrennt. — Eine förmliche, organische Absonderung des Beweisverfahrens von dem Gebiete

der gegenseitigen Behauptungen und deren Beantwortung kommt aber im Römischen Processe noch nicht vor. Auch die Theilung des älteren Röm. Verfahrens in jus und judicium, — welche einige Aehnlichkeit mit jener Absonderung hat, kann ihr doch nicht vollkommen gleichgestellt werden, weil sich die Aufgabe des judex keineswegs immer bloß auf die Aufnahme und Prüfung der Beweise allein beschränkte. Auch fand jene Theilung bei außerordentlichen Cognitionen gar nicht statt, und im neueren Röm. Rechte sind bekanntlich alle judicia extraordinaria geworden.

Eben so wenig wie im Röm. Processe findet sich eine principielle Ausscheidung sämmtlicher Beweishandlungen aus dem Kreise bloßer Behauptungen und Antworten im canonischen Processe des Mittelalters. — Die Antretung des Beweises über eine Behauptung wurde nicht so lange suspendirt, bis ein erschöpfender status controversiae über *alle* einzelnen streitigen Punkte hergestellt war, sondern sie folgte der einzelnen Behauptung in der Regel auf dem Fuße nach. Nur die Handlungen *vor* und *nach* der Litiscontestation (d. h. über bilatorische Einreden und über die Hauptsache selbst) wurden als gesonderte Proceßstadien hervorgehoben. Die Beweisführung war aber in beiden Stadien ein annexum der zu beweisenden Behauptung.

Diesem Systeme folgten endlich im Wesentlichen auch die deutschen Reichsgesetze bei ihren Anordnungen in Bezug auf das kammergerichtliche Verfahren.

Die organische Gesammtabsonderung aller Beweishandlungen von dem Gebiete aller Behauptungen und Antworten; oder, was ebensoviel heißt, das (wenigstens die Regel bildende) Aufschieben aller Beweisantretungen bis zu dem Zeitpunkte des in allen Beziehungen vollendeten

contradictorischen Verfahrens kann daher weder aus dem Römischen, noch aus dem canonischen Rechte, noch endlich aus den deutschen Reichsgesetzen abgeleitet werden, sondern hat sich wahrscheinlich als ein Ueberrest des altgermanischen Processes vorzüglich bei den sächsischen Gerichten erhalten, und ist von diesen — besonders seit der Aufhebung des articulirten Verfahrens — allmählich auch auf die übrigen deutschen Gerichte übergegangen.

Vgl. darüber: Jul. W. Planck, die Lehre von dem Beweisurtheil. Gött. 1848.

Von dem ersten Verfahren oder dem Schriftenwechsel.

Uebersicht und allgemeine Vorbemerkung.

§. 162.

Gewöhnlich wird angenommen, daß das erste Verfahren aus vier Hauptvorträgen der Parteien bestehe und bestehen müsse, nämlich aus der Klageschrift, der s. g. Exceptions-, Repliks- und Dupliksschrift. Allein dieses ist in zweifacher Hinsicht falsch. Nach den oben angeführten allgemeinen Grundsätzen über die Zahl der Parteivorträge kann das erste Verfahren aus mehr, und auch aus weniger als vier Schriften bestehen. Selbst mit zwei Schriften kann dasselbe als vollständig instruirt erscheinen, was namentlich dann der Fall ist, wenn der Beklagte gar keine andere Vertheidigung entgegensetzt, als die bloße Verneinung des historischen Klagegrundes. Auch mit drei Schriften kann das Verfahren als geschlossen betrachtet werden, wenn näm-

lich der Beklagte eine eigentliche Einrede vorgeschützt, und der Kläger nur den Grund dieser Einrede widersprochen hat, ohne eine wahre Replik vorzubringen. Dagegen kann aber auch noch ein fünfter Schriftsatz wesentlich nothwendig werden, nämlich dann, wenn die vierte Hauptschrift (die s. g. Duplik) wahre Dupliken enthält, weil der Richter erfahren muß, ob der historische Grund dieses neuen Vorbringens von dem Kläger zugestanden oder widersprochen werde. — Jede feste Bestimmung über die Zahl der Schriften im ersten Verfahren ist demnach als allgemeine Regel unrichtig, und kann bald zu Nullitäten, bald zu unnöthigen Wiederholungen führen. Nur das oben angegebene Princip allein ist hier entscheidend.

Von der Klageschrift.

Wesentliche Bestandtheile derselben.

§. 163.

Da die Klage der erste und wichtigste Angriff im Processe ist, so müssen sich die allgemeinen Bestandtheile einer jeden Angriffshandlung auch hier wieder finden; nämlich

I. ein Rechtsgrund,

II. die Geschichtserzählung, und

III. ein Gesuch.

Von jedem dieser Bestandtheile ist nun hier ausführlicher zu handeln.

I. Von dem Rechtsgrunde.

Unter Rechtsgrund der Klage versteht man die gesetzliche Vorschrift oder überhaupt den Rechtssatz, — er mag nun auf Gesetz oder Gewohnheit beruhen, wodurch der Kläger seinen Anspruch zu rechtfertigen sucht. Daß ein solcher Rechtsgrund vorhanden seyn muß, ist von selbst klar; — denn ohne denselben würde die Verbindlichkeit des Beklagten höchstens nur als eine Gewissenspflicht erscheinen, deren Erfüllung auf gerichtlichem Wege nicht gefordert werden kann. Indessen ist diese Nothwendigkeit eines Rechtsgrundes keineswegs so zu verstehen, als wenn derselbe in der Klageschrift immer ausdrücklich angeführt werden müßte. Wenn nur im geschriebenen oder ungeschriebenen Rechte ein Satz zu finden ist, welcher den Anspruch des Klägers als einen klagbaren anerkennt, so schadet es nicht, wenn auch der Kläger diesen Satz im Libelle nicht ausdrücklich anführt. Denn, was zur rechtlichen Beurtheilung gehört, muß der Richter von Amtswegen ergänzen. Weitläufige „disputationes und allegationes juris" sind sogar gesetzlich untersagt.

J. R. A. §. 96.

Nur in zwei Fällen hält man es für rathsam, den Rechtsgrund ausdrücklich anzuführen, nämlich

a) bei Privilegien im eigentlichen Sinne;

Kierulff, Theor. S. 53 u. 54.

und

b) in dem Falle, wenn nicht das gemeine Recht, oder das promulgirte Particularrecht des Landes, in welchem die Klage angestellt wird, sondern ein auswärtiges Recht, oder nur ein einheimisches Gewohnheitsrecht den Anspruch des Klägers unterstützt, insofern nicht etwa

das letztere in dem eigenen Gerichtsbezirke des angerufenen Richters gilt, und zugleich aufgezeichnet ist; weil dem Richter nicht zugemuthet werden kann, auch alle diese Statuten zu kennen, und folglich ohne ausdrückliche Anführung derselben leicht eine Abweisung erfolgen könnte.

G. Friedr. Puchta, das Gewohnheitsrecht II. Thl. Erl. 1837. S. 170 flg.

Sollte übrigens die Zweideutigkeit oder Dunkelheit des Gesetzes, auf welches sich der Kläger stützen muß, der Besorgniß einer unmittelbaren Abweisung der Klage Raum geben, so kann auch eine kurze Deduction über die Auslegung des Gesetzes als zweckmäßig erscheinen.

II. Von der Geschichtserzählung.

§. 164.

Jedes Gesetz, worin etwas befohlen oder verboten wird, setzt gewisse Thatsachen voraus, welche vorhanden seyn müssen, wenn der Befehl oder das Verbot wirksam seyn soll. Will also Jemand das Gesetz für sich gelten machen, so muß er zeigen, daß die Voraussetzungen desselben in concreto wirklich existiren. Jenen Theil des Klagevortrags nun, welcher sich mit der Darlegung dieser thatsächlichen Verhältnisse beschäftiget, nennt man die Geschichtserzählung.

Hierüber ist folgendes zu bemerken:

I. Daß die Geschichtserzählung jetzt einen unerläßlich nothwendigen Bestandtheil des Klagevortrages bildet, ist keinem Zweifel unterworfen.

J. R. A. §. 34 u. 37.

Brackenhöft, Zeitschrift von Linde und Marezoll, XI. Bd. S. 218.

Außerdem soll es aber, einer erst neuerdings wieder mit Scharfsinn vertheidigten Ansicht zufolge, auch noch nöthig seyn, das Detail der Thatsachen, welche in der Geschichtserzählung vorkommen, in einen juristischen Begriff zusammenzufassen, und diesen Begriff mit den dafür üblich gewordenen Ausdrücken im Klaglibelle zu bezeichnen.

Brackenhöft a. a. O. besond. S. 220 flg.

Allein — wenn man auch zugeben muß, daß durch die Verpflichtung des Klägers zur bestimmten juristischen Bezeichnung seines Klagegrundes dem Richter die Beurtheilung oft ungemein erleichtert, und der Unbesonnenheit, womit nicht selten Klagen angestellt werden, ein Damm gesetzt würde, so dürfte doch jenes Erforderniß den Vorschriften des jetzigen gemeinen Rechts nicht entsprechen.

Vgl. besonders c. 6. X. 2. 1.
Nicht dagegen c. 15. X. eod.

Auch würde man sich in Ermangelung gesetzlich bestimmter Worte oder eines anerkannt allgemeinen Sprachgebrauches zuweilen in Verlegenheit befinden, jener Vorschrift Genüge zu leisten.

Vgl. Brackenhöft a. a. O. S. 229.

II. Die Geschichtserzählung soll vollständig seyn, d. h. es soll kein wesentlicher Umstand mit Stillschweigen übergangen werden, welcher nothwendig ist, um das Gesuch des Klägers vorzubereiten und zu rechtfertigen. — Wenn daher

1) eine bestimmte Sache den Gegenstand der Klage bildet, so muß diese möglichst genau bezeichnet werden, damit über die Identität derselben kein Zweifel entstehen könne.

Fr. 5. pr. vgl. mit Fr. 5. §. 4. u. 5. D. 6. 1.
Fr. 19. §. 4. D. 47. 2.
c. 2. X. 2. 3.

2) Wenn die Activ- oder Passivlegitimation zur Sache auf besonderen Thatsachen beruht (z. B. Cession, Erbfolge u. dgl.), so müssen auch diese angegeben werden.

3) Um in der Auswahl der zur Begründung des concreten Anspruches anzuführenden Thatumstände das gehörige Maaß zu halten, sind folgende Regeln zu beobachten:

a) Auf jeden Fall muß der Kläger alles Dasjenige anführen, was nothwendig erscheint, damit dem Gegner kein Zweifel über die Identität des Factums, welches der Allegirende im Sinne hat, übrig bleibe. G. Friedrich Puchta, Gewohnheitsr. II. S. 175. In dieser Hinsicht kann oft die genaue Angabe örtlicher oder chronologischer Momente wesentlich seyn.

b) Im Uebrigen hängt aber die Beantwortung der Frage, welche Facta in die Geschichtserzählung aufzunehmen seyen, und welche nicht, von der Beschaffenheit des in concreto gewählten Rechtsgrundes, oder, was am Ende Dasselbe ist, von dem genus actionis ab, dessen sich der Kläger in dem gegebenen Falle bedienen will. Was nämlich zunächst und unmittelbar nothwendig ist, um das gewählte genus actionis an sich als anwendbar darzustellen, soll auch in der Geschichtserzählung erwähnt werden. Hieraus ergibt sich, daß es nicht möglich ist, mit Sicherheit eine zweckmäßige und wohlbemessene Geschichtserzählung zu verfassen, wenn man sich um das genus actionis nicht bekümmert, welches man gebrauchen soll. Leider hat man sich

jedoch in der Praxis durch c. 6. X. 2. 1. und durch die aus dieser Stelle abgeleitete Regel, daß man das genus actionis nicht ausdrücklich zu benennen brauche, häufig zu der Meinung verleiten lassen, daß man überhaupt der Mühe überhoben sey, sich vor der Abfassung der Klageschrift um das passendste genus actionis umzusehen.

c) Eine besondere Berührung verdient hiebei die Frage, ob es genüge, sich in der Klageschrift bloß das Recht zuzuschreiben, welches man gelten machen will, oder ob auch besonders ausgedrückt werden müsse, auf welche Art man dasselbe erworben habe? — In Bezug auf persönliche Klagen ist es zwar durch die klare Vorschrift in

c. 2. X. 2. 3.

außer Zweifel gesetzt, daß es nicht hinreicht, bloß zu behaupten, der Beklagte sey Das schuldig, was der Kläger von ihm fordert; sondern daß auch angegeben werden muß, warum er es schuldig sey. — Bei actionibus in rem hingegen ist die Antwort auf jene Frage bestritten. — Nach Röm. Rechte, insbesondere nach

Fr. 14. §. 2. D. 44. 2.

ist so viel allgemein anerkannt, daß es nicht nothwendig war, bei der Anstellung einer actio in rem schon anfänglich den Erwerbsgrund des Rechtes auszudrücken. Ja, es ist sogar behauptet worden, daß durch die Beifügung der Erwerbsart (expressa causa) die Natur der Vindication verändert worden wäre.

G. Friedr. Puchta im Rhein. Mus. II. Jahrg. 3. Heft. S. 267.

Dagegen aber:

Brackenhöft a. a. O. S. 254. not. 2.
v. Savigny, System VI. Beil. 17. S. oben S. 452.

Ebenso ist nach canonischem Rechte dem Kläger bei dinglichen Klagen die Wahl gelassen, den Erwerbsgrund schon in dem Klagevortrage anzuführen oder nicht.

c. 3. in 6to 2. 14.

Ob aber dieses Wahlrecht dem Kläger auch jetzt noch zustehe, hierüber sind die Meinungen getheilt. Die mehr praktischen Schriftsteller erklären sich dafür, daß auch bei dem Vortrage einer dinglichen Klage die Angabe des Erwerbsgrundes nothwendig sey;

Martin, Lehrb. §. 144. not d. u. e. (12te Aufl.)
Linde, Lehrb. §. 152. not. 6. (5te Aufl.)

während andere die bloße Behauptung des zuständigen dinglichen Rechtes allein schon für hinreichend halten.

G. Friedr. Puchta a. a. O. S. 266.
Brackenhöft a. a. O. S. 256 flg.

Mit Rücksicht auf das jetzige Recht dürfte jedoch die erste Meinung den Vorzug verdienen, nicht sowohl um deßwillen, weil im Falle der bloßen Behauptung des zuständigen Rechtes keine specielle Antwort des Beklagten nach Vorschrift des J. R. A. §. 37. und 41. möglich wäre, sondern weil sich

a) bei der bloßen Angabe des Rechtes allein ein Klagevortrag ohne alle Geschichtserzählung denken ließe, während doch diese gemäß §. 34. des J. R. A. ein unerläßlicher Bestandtheil des Klagevortrages ist; und

b) weil der Beklagte bei einer zu allgemeinen Fassung der Klage außer Stand gesetzt wäre, mit Sicherheit die gerade passenden Einreden zu wählen, welche

er doch alle auf einmal bei Vermeidung des Ausschlusses anbringen soll.

S. darüber vorzüglich: Friedr. Alb. v. Langenn und Aug. Siegm. Kori, Erört. prakt. Rechtsfr. Dresd. u. Leipz. 1829. I. S. 98—114.

Vergl. noch Dr. Wolfg. Puchta, über die gerichtl. Klagen bes. der Landeig. Gieß. 1833. S. 36—38. (1te Aufl.)

Die Vertheidiger der zweiten Ansicht verbinden übrigens auch praktische Folgen damit. Wenn nämlich der Kläger in der Klageschrift bloß das dingliche Recht allein bezeichnet, ohne den Erwerbsgrund anzuführen, so darf er sich zwar, wenn es zum Beweise kommt, auf jeden Erwerbsgrund berufen, welcher ihm dienlich zu seyn scheint. Verliert er aber den Proceß, so kann er die nämliche Sache von diesem Gegner aus keinem Grunde mehr in Anspruch nehmen. Es steht ihm die exceptio rei judicatae entgegen. War hingegen der Erwerbsgrund in der Klage schon ausgedrückt, so ist zwar der Kläger in der Beweisführung auf diesen Grund beschränkt. Wenn er aber ex hac causa unterliegt, so kann er ungehindert noch ex alia causa klagen. — Zur Begründung dieser Sätze beruft man sich ebenfalls auf

Fr. 14. §. 2. D. 44. 2.

dann auf

Fr. 11. §. 2. D. eod.

Keller, über Litiscont. u. Urtheil. S. 290.

Diese Theorie ist zwar bestritten, und dagegen behauptet worden, daß die exceptio rei judicatae der erneuerten Klage immer im Wege stehe, auch dann, wenn in der früheren Klage etwa eine andere Erwerbsart ausgedrückt worden wäre, ausgenommen, die in der neuen

Klage behauptete Erwerbung hätte erst nach dem Anfange des vorigen Processes stattgefunden.

G. Friedr. Puchta im Rhein. Museum. II. Jahrg. 3. Heft. S. 251 flg.

Allein die daselbst S. 269 versuchte Auslegung des Fr. 14. §. 2. D. 44. 2. ist selbst in Verbindung mit den übrigen Gründen für diese neue Ansicht keineswegs so überzeugend, daß sich für die ältere Theorie kein Vertheidiger mehr gefunden hätte.

Vgl. Heffter im Rhein. Mus. III. Jahrg. 2. Hft. S. 222 flg.

Dagegen aber wieder: Puchta im Rhein. Museum. Jahrg. III. Hft. 4. S. 467 flg. und demselben beistimmend: v. Vangerow, Leitfad. I. S. 207. lit. h.

Brackenhöft a. a. O. S. 254. not. 3.

Sintenis, Erläut. Heft 2 u. 3. S. 223—250.

v. Savigny, Syst. VI. Beilage 17. S. 514 flg.

S. auch oben S. 451 flg.

4) Die Bemerkung, daß der Kläger den Beklagten außergerichtlich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aufgefordert habe, jedoch ohne Erfolg (die s. g. clausula monitoria), fehlt zwar selten in dem Klagevortrage, und sie bildet auch den natürlichsten Uebergang von der Geschichtserzählung zum Gesuche. Allein für einen wesentlichen Bestandtheil, in dessen Ermanglung die Klageschrift als unförmlich zurückzuweisen wäre, kann sie nicht gehalten werden. — Nur dann, wenn der Kläger seinen Anspruch unmittelbar aus der mora seines Gegners selbst ableitet, und wenn die mora erst durch persönliche Mahnung entstehen konnte, würde die ausdrückliche Erwähnung der letzteren nothwendig seyn; aber in diesem Falle wäre die erfolglose Mahnung nicht

bloß die Veranlassung, sondern der Grund der Klage selbst; und auch hier würde wenigstens die Klage die außergerichtliche Mahnung ersetzen. — Ob in einem solchen Falle der zur sofortigen Befriedigung des Klägers bereite Beklagte nicht wenigstens eine Vergütung wegen der kostspieligeren Form der Mahnung in Anspruch nehmen könne, ist zweifelhaft. Richtiger scheint es zu seyn, daß er darauf Anspruch machen kann, weil eine außergerichtliche Mahnung für den Kläger denselben Erfolg hätte haben können, die Wahl der kostspieligeren gerichtlichen Aufforderung also billig ihm zur Last gelegt wird.

Vgl. über diesen Gegenstand:

Danz, ord. Proc. §. 70.

Lang, die Einrede des nicht erfüllten Contr. S. 50.

Heerwart im Archiv für civil. Praxis. XIV. S. 229 flg.

Brackenhöft, Erört. S. 412.

Schmid, Hdb. II. S. 9. not. 5.

Sintenis, Erl. Hft. 2 u. 3. S. 281 flg.

III. Wenn es auf einer Seite nothwendig ist, eine vollständige Geschichtserzählung zu liefern, so ist doch auf der andern Seite auch jede Weitläufigkeit dem Gesetze sowohl

J. R. A. §. 34. „kurz und nervose“

als der Klugheit zuwider. Insbesondere ist es unzweckmäßig, schon in der Klageschrift die Widerlegung von Einreden zu anticipiren, deren Vorschützung der Kläger von Seite des Beklagten befürchtet, indem er dadurch a) den letzteren leicht auf eine Einwendung aufmerksam machen könnte, an die er vielleicht sonst nicht gedacht hätte; und b) durch eine solche Anticipation auch der Richter hinsichtlich der Vertheilung der Beweislast irre geleitet werden könnte. — Von dieser Regel ist nur

dann eine Ausnahme zu machen, wenn entweder 1) das eigenthümliche Fundament der angestellten Klage selbst schon eine anticipirte Replik enthält, wie dieses z. B. bei der querela inoff. testamenti der Fall ist;

Morstadt, Civilproceßschlüssel, S. 168. nro. II.

oder wenn 2) der Kläger eine solche Einrede befürchtet, welche der Richter auch von Amtswegen berücksichtigen und als Grund zur sofortigen Abweisung der Klage benützen könnte.

Schmid, Hdb. II. S. 10.

IV. Gewöhnlich wird in Verbindung mit der Lehre von der Geschichtserzählung auch von dem Klagegrunde (fundamentum agendi, causa petendi) gehandelt, und hiebei der Unterschied zwischen fund. agendi proximum und remotum oder causa generalis und specialis hervorgehoben. Allein eine allgemeine, feste Begriffsbestimmung von causa actionis nach Röm. Rechte läßt sich schwerlich aufstellen, da dieses Wort in Beziehung auf Actionenrecht in so verschiedenen Bedeutungen vorkommt, daß man es wohl nicht für einen juristischen Kunstausdruck halten kann.

Vgl. Heffter a. a. O. S. 222.

Brackenhöft a. a. O. S. 236 flg.

Sieht man aber auf Das, was man sich jetzt gewöhnlich unter Klagegrund zu denken pflegt, so wird man den Begriff dahin feststellen dürfen, daß der Klagegrund der Inbegriff derjenigen Thatsachen sey, welche dem Anspruche des Klägers in concreto rechtliche Geltung verschaffen. Der Klagegrund bildet demnach den juristischen Kern der Geschichtserzählung.

Sintenis, Erl. Heft 2 u. 3. S. 272.

Die Unterscheidung zwischen fund. agendi proximum und remotum dürfte übrigens nicht nur ohne Nachtheil

für den Lehrvortrag, sondern selbst zur Vermeidung von Mißverständnissen gänzlich zu verbannen seyn, da

1) dieser Gegensatz als solcher nirgendwo in den Quellen vorkommt;

Brackenhöft a. a. O. S. 241 flg.

2) unter den neueren Proceßlehrern in dieser Hinsicht eine wahre Sprachverwirrung herrscht;

Vgl. Brackenhöft a. a. O. S. 181 flg.

und

3) die Frage, bei welcher der praktische Werth jener Eintheilung besonders hervorgehoben zu werden pflegt, auch ohne dieselbe füglich gelöst werden kann.

S. oben II. 3. lit. c.

III. Von dem Gesuche.

§. 165.

In der Klageschrift können dreierlei Gesuche vorkommen:

1) das Hauptgesuch, welches den Hauptzweck der Klage ausdrückt;

2) das Nebengesuch, welches auf die Accessionen, insbesondere auf Proceßkosten, Früchte und Zinsen gerichtet ist; und endlich

3) die Proceßbitte, welche sich auf die proceßleitende Verfügung bezieht, die zunächst in Ansehung der Klageschrift getroffen werden soll.

Das Hauptgesuch darf nach der Verhandlungsmaxime nie fehlen. Dasselbe sollte auch in Ansehung des Nebengesuches gelten, d. h. die Zuerkennung von Früchten, Zinsen und Proceßkosten soll nach der Verhandlungsmaxime ebenfalls durch ein ausdrücklich darauf gestelltes Gesuch

bedingt seyn. Weil jedoch im Röm. Rechte bestimmt ist, daß bei judiciis b. f. gewisse Nebensachen, insbesondere usurae morae, und fructus, wenigstens von dem Zeitpunkte der controversia mota an gerechnet, officio judicis prästirt werden sollen,

Fr. 49. §. 1. D. 19. 1.
Fr. 54. pr. D. 19. 2.
Fr. 25. §. 8. D. 21. 1.
Fr. 2. D. 22. 1.
§. 2 u. 3. J. 4. 17.

so hat man in der Praxis angenommen, der Richter dürfe auf solche Nebensachen auch unaufgefordert erkennen, obwohl die Bemerkung des Röm. Rechts „officio judicis continentur" mit der älteren Röm. Proceßform zusammenhängt, und nicht sagen soll, der judex dürfe über etwas erkennen, um was er von den Parteien gar nicht gebeten worden, sondern nur, er dürfe in seinem Urtheile darauf Rücksicht nehmen, ohne daß in der ihm von dem magistratus ertheilten Instruction (in der formula) davon eine Erwähnung geschehen sey.

Boehmer, J. E. P., lib. I. tit. 32. §. 12.
Heffter, Inst. S. 231 u. 232.

Eine ausdrückliche Vorschrift darüber, daß wenigstens der *judex*, um sein officium in dieser Hinsicht ausüben zu dürfen, von der Partei dazu aufgefordert werden mußte, kommt aber freilich auch nicht vor; und dieses Stillschweigen könnte eher zur Rechtfertigung der bestehenden Praxis geltend gemacht werden; — so wie der allgemeine Grund, daß dem Kläger nicht zugemuthet werden könne, schon in der Klageschrift ein Gesuch zu stellen, welches doch erst im Laufe des Processes einen bestimmten Gegenstand erhalten soll (z. B. Proceßzinsen, Proceßkosten u. s. w.).

Vgl. Brackenhöft, Erört. S. 415.

Auf keinen Fall ist aber die Ansicht zu rechtfertigen, daß das Nebengesuch auch in Ansehung solcher Accessorien unnöthig sey, welche schon vor dem Zeitpunkte der Klagestellung verfallen waren.

Dagegen die Proceßbitte ist im ordentlichen Processe wirklich überflüssig, weil der Richter in Dem, was die Leitung des Verfahrens betrifft, von den Anträgen der Parteien nicht abhängt. Bei der Stellung des Haupt- und Nebengesuches sind übrigens folgende Regeln zu beobachten:

1) Da diese beiden Gesuche eigentlich nur die Schlußfolgerungen aus dem Rechtsgrunde und der Geschichtserzählung bilden, so müssen sie auch so eingerichtet werden, daß sie mit diesen Prämissen übereinstimmen. Eine Klageschrift mit einem Gesuche, welches nicht als consequente Schlußfolge des Rechtsgrundes und des historischen Grundes erscheint, soll zur Verbesserung zurückgegeben werden, und es ist nicht zu rechtfertigen, wenn man dem Richter gestattet, von Amtswegen anzunehmen, es sey das passende Gesuch gestellt worden.

2) Haupt- und Nebengesuch enthalten eigentlich den Entwurf des künftigen Endurtheils, wie der Kläger wünscht, daß dieses erlassen werden möchte. Daher muß auch der Gegenstand der Verurtheilung, insoferne Dieses jetzt schon möglich ist, genau bezeichnet werden. Ist jedoch die genaue Bezeichnung schon in der Geschichtserzählung enthalten, so genügt auch eine bloße Zurückbeziehung auf diese.

Gensler, Comm. I. S. 253. lit. C.

3) Das Gesuch darf keine plus petitio enthalten. Das Röm. Recht unterscheidet aber vier Arten des Zuvielforderns:

a) die plus pet. *re,* wenn der Kläger ein größeres Object, oder eine größere Summe fordert, als worauf er einen rechtlichen Anspruch hat;

b) die pl. p. *tempore,* wenn er vor dem Eintritte der Verfallzeit Klage stellt;

c) die pl. p. *loco,* wenn er an einem anderen Orte auf Zahlung dringt, als, wo der Beklagte schuldig ist, sie zu leisten;

d) die pl. p. *causa,* welche auf verschiedene Art vorkommen kann, nämlich:

aa) so, daß der Kläger eine bestimmte species fordert, während der Beklagte nur in genere verpflichtet ist; oder

bb) daß er bei einer alternativen Verbindlichkeit des Beklagten ausschließend nur eine Leistung in Anspruch nimmt, — vorausgesetzt, daß dem Schuldner die Wahl zustand; oder

cc) daß er umgekehrt eine alternative Bitte stellt, während der Beklagte nur zu einer bestimmten Leistung verpflichtet ist; womit jedoch der Fall nicht verwechselt werden darf, wenn außer dem Hauptgesuche nur in subsidium ein anderes zulässiges Petitum gestellt wird.

§. 33. J. 4. 6.

Im älteren Röm. Formularverfahren hatte das plus petere, — welches aber freilich nur bei actionibus certis möglich war — den Verlust der ganzen Sache (das *„causa cadere“*) zur Folge. Diese Strenge hatte jedoch ihren Grund zunächst nicht in der Absicht, die temeritas des zuvielfordernden Klägers dadurch zu strafen, sondern war nur die consequente Folge der Gebundenheit des Richters an die ihm von der Obrigkeit ertheilte Instruction (formula) Auch wurde gegen ein nach diesem

strengen Grundsatze erlassenes Urtheil in der Regel nicht einmal die Restitution gewährt.

Gaj. IV. §. 53. sq.

Keller, Röm. Civilproceß I. S. 186 flg.

Nach dem Untergange des Formularverfahrens mußte zwar diese harte Folge der plus petitio, welche nur ein Ausfluß desselben war, verschwinden. Allein auch in dem neueren Röm. Rechte blieb das plus petere noch immer mit verschiedenen nachtheiligen Folgen bedroht. Wer vor der Zeit klagte, wurde nicht nur für jetzt abgewiesen, und zum Kostenersatze verurtheilt, sondern mußte auch mit der Erneuerung der Klage nach eingetretener Verfallzeit noch einmal so lange zuwarten, als er zu früh geklagt hatte, und konnte für die Zwischenzeit keine Zinsen fordern. Bei den übrigen Arten der pl. petit. konnte der Beklagte den dreifachen Ersatz des ihm dadurch verursachten Schadens in Anspruch nehmen.

§. 33. vergl. mit §. 24. J. 4. 6.

§. 10. J. 4. 13.

c. 1. u. 2. C. 3. 10.

Zimmern, Röm. R. G. III. §. 178.

Allein der jetzige Gerichtsgebrauch hält sich an diese Bestimmungen nicht mehr, sondern, wer

a) vor der Zeit klagt, wird nur für jetzt mit seiner Klage abgewiesen und in die Kosten verurtheilt; und wenn allenfalls der dies oder die conditio noch vor erfolgter Abweisung, im Laufe des Processes eintritt, so wird auf den Umstand, daß zu früh geklagt worden, jetzt gar nicht mehr Rücksicht genommen;

arg. Fr. 16. pr. D. 5. 3.

Linde, §. 196. not. 4.

b) die pl. p. *re* hat gar keine andere Folge, als daß nur auf das wirklich schuldige Quantum erkannt wird;

Wernher, Obs. VI. 266.

c) bei einer pl. pet. causa soll zwar die Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden, allein nicht selten wird von dem, um was zu viel gefordert wurde, abstrahirt, und das Libell dadurch aufrecht erhalten.

Das Zuwenigfordern ist natürlich dem formellen Bestande der Klageschrift ganz unschädlich, allein nach der Verhandlungsmaxime sowohl, als auch nach den Grundsätzen über die Vertheidigung des Beklagten, darf weder der Kläger das ursprünglich zu enge gestellte Petitum späterhin erweitern, noch der Richter auf mehr erkennen, als um was anfangs gebeten worden ist, wenn sich auch im Laufe der Verhandlungen ergeben sollte, daß der Kläger mehr hätte fordern können. Nur dann dürfte eine Ausnahme gemacht werden, wenn der Kläger späterhin ausdrücklich um Zuerkennung des Mehrbetrages gebeten, und der hierüber vernommene Beklagte nichts dagegen erinnert hätte. — Die widersprechenden Bestimmungen des Röm. Rechts hierüber,

§. 34. J. 4. 6.

sind auf unser jetziges Verfahren nicht mehr anwendbar.

S. meine Abh. über die Aenderung des Klaglibells S. 53 u. S. 60.

Gensler, Comm. S. 254.

Vgl. jedoch: v. Langenn und Kori, Erört. I. Bd. S. 148 flg.

Ueber das minus intendere nach älterem R. Recht s. Gaj. IV. §. 56.

Keller, Röm. Civilproc. I. S. 192.

Von dem zufälligen Inhalte der Klageschrift.

§. 166.

Außer Dem, was der bisherigen Darstellung zufolge den wesentlichen Inhalt des Klagevortrages in der Hauptsache bildet, können in demselben auch noch verschiedene Nebenanträge und Gesuche vorkommen, welche mit dem wesentlichen Inhalte der Klage entweder gar nicht oder doch nicht nothwendig zusammenhängen, z. B. Cautions- oder Arrestgesuche, ein Antrag auf Zulassung zum Armenrechte, eine Streitverkündigung an einen Dritten, die Legitimation zum Processe durch Beibringung einer Vollmachtsurkunde, wenn anstatt des Berechtigten ein Stellvertreter die Klage anstellt und dgl. m.

Als eine bloß zufällige Erscheinung ist aber auch die sogenannte Klagenhäufung (cumulatio actionum), so wie, — wenigstens im ordentlichen Verfahren — die Verbindung der Beweisantretung mit dem Vortrage der Klage zu betrachten. — Da von den zuerstgedachten Nebenanträgen schon früher gehandelt worden ist, so sind hier nur noch die zwei letzten Punkte zu erläutern.

Von der Klagenhäufung.

§. 167.

Unter Klagenhäufung versteht man die Verbindung, — oder die gleichzeitige Anstellung mehrerer Klagen in demselben Klageschreiben. Die Cumulation ist daher

nicht mit der Concurrenz mehrerer Klagen zu verwechseln. Denn eine Concurrenz ist schon vorhanden, sobald Jemanden in Beziehung auf ein gewisses Rechtsverhältniß mehrere Klagen rechtlich zustehen, so daß er entweder alle anstellen, oder eine derselben zur Verfolgung seines Anspruches wählen kann. Die Cumulation ist aber die wirkliche, äußerliche Verbindung mehrerer Klagen in dem nämlichen Vortrage. Der Begriff der Concurrenz ist ein civilrechtlicher, der Begriff der Cumulation aber ein bloß formeller, processualischer.

Man unterscheidet übrigens in der Doctrin zweierlei Arten der Klagenhäufung, eine subjective und eine objective.

Subjectiv nennt man sie dann, wenn mehrere Kläger gegen einen Beklagten, oder umgekehrt ein Kläger gegen mehrere Beklagte, oder endlich mehrere Kläger gegen mehrere Beklagte gemeinschaftlich auftreten.

Objectiv heißt sie aber in dem Falle, wenn zwar nur ein Kläger gegen einen Beklagten auftritt, aber mit verschiedenen in derselben Klageschrift vorgetragenen Ansprüchen.

Eine Art der subjectiven Klagenhäufung ist die s. g. Streitgenossenschaft (litis consortium) — die active sowohl, als die passive, von welcher schon früher in der Lehre von den streitenden Theilen gehandelt worden ist.

S. oben S. 115 flg.

Daß die Zulassung einer Verbindung mehrerer Klagen in demselben Processe nach gemeinem Rechte in der Regel erlaubt ist, kann nicht bezweifelt werden, indem die Statthaftigkeit derselben, — wenn auch nicht

in der Form eines allgemeinen Grundsatzes gesetzlich ausgesprochen, — doch in mehreren einzelnen Entscheidungen ausdrücklich anerkannt ist.

z. B. Fr. 11. pr. §. 1. D. 2. 1.
Fr. 25. §. 3. D. 10. 2.
c. 2. X. 2. 12.

Selbst die subjective Klagenhäufung ist keineswegs bloß in dem Falle einer Streitgenossenschaft für zulässig zu halten, sondern kann auch in Fällen anderer Art gestattet werden.

Vergl. darüber oben §. 38. S. 118.

Da übrigens durch eine solche Vereinigung den Betheiligten nicht selten Zeit, Kosten und Mühe erspart werden können, so läßt sich auch aus dem allgemeinen Standpunkte der Zweckmäßigkeit gegen diese Einrichtung nichts einwenden. Die gemeinschaftliche processualische Behandlung mehrerer Klagen in einem Gesammtverfahren ist jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen zu rechtfertigen:

1) Es muß für alle cumulirten Klagen dasselbe Gericht zuständig seyn. Denn die allgemeinen Grundsätze über die Competenz der Gerichte werden durch die zufälligen Vortheile, welche die Cumulation gewährt, nicht überwogen. Eine Ausnahme von dieser Regel findet nur dann statt, wenn entweder a) für die mehreren Klagen der außerordentliche Gerichtsstand der Continenz begründet ist;

S. oben S. 227 flg.

oder wenn b) das für eine der cumulirten Klagen unzuständige Gericht durch Prorogation auch für diese competent wird.

2) Die cumulirten Klagen müssen sich auch zu der nämlichen Proceßart eignen, weil außerdem eine gleich-

zeitige Durchführung derselben in dem nämlichen Geleise schon thatsächlich nicht möglich wäre. — Aus demselben Grunde muß

3) der Kläger, wenn er mehrere Ansprüche in einem Verfahren gerichtlich verfolgen will, diese Ansprüche schon sogleich Anfangs, bei dem Beginne des Processes mit einander vorbringen. — Endlich

4) muß der Richter, — mit Rücksicht auf die Zahl und den Inhalt der einzelnen Klagen mit Wahrscheinlichkeit annehmen können, daß durch die gleichzeitige Behandlung derselben keine merkliche Unordnung im Verfahren entstehen werde. Hat er Grund, das Gegentheil zu besorgen, so ist er nicht bloß berechtiget, sondern selbst verpflichtet, die abgesonderte Verfolgung der einzelnen Klagen anzuordnen. Wenn aber in den bisher angeführten Beziehungen kein Bedenken gegen die Zulassung der Cumulation obwaltet, so genügt Dieses. — Eine innere Verwandtschaft (s. g. materielle Connerität) der cumulirten Klagen ist nach gemeinem Rechte eben so wenig eine Vorbedingung einer zulässigen Cumulation, als dabei auf die Anzahl der zu verbindenden Klagen etwas ankommt. — Auch das besondere Concurrenzverhältniß, in welchem vielleicht die Klagen zu einander stehen, ist keineswegs ein absolutes Hinderniß ihrer äußeren Verbindung. Insbesondere hat es kein Bedenken, zwei Actionen, hinsichtlich welcher man in Zweifel steht, welche von beiden eigentlich die passende sey, in der Art zu cumuliren, daß man erklärt, nur mit einer von beiden das Gebührende erlangen zu wollen.

Fr. 1. §. 4. D. 43. 3.

Vgl. Fr. 18. D. 44. 1.

Nur dann, wenn mehrere Klagen in einem so strengen electiven Concurrenzverhältnisse stünden, daß schon

durch die bloße Wahl und Anstellung der einen die andere rechtlich ausgeschlossen wäre, könnte begreiflich von einer zulässigen Cumulation die Rede nicht seyn.

Vgl. übrigens selbst über diesen Fall meine Theorie der summ. Proc. 5te Aufl. §. 76.

Fortsetzung.

§. 168.

Die Wirkung einer zulässigen Klagenhäufung besteht übrigens nur darin, daß nicht für jede Klage ein eigenes abgesondertes Verfahren eingeleitet, — also wo dieses, wie im ordentlichen Processe, ein schriftliches ist, — nicht für jede Klage ein besonderer Actenbund angelegt wird, sondern daß alle Klagen Zug für Zug in einem Proceßgange instruirt werden. — Auf die processualischen Rechte und Verbindlichkeiten der streitenden Theile hat jedoch diese bloß formelle und äußere oder mechanische Verbindung keinen Einfluß; d. h. alle Rechts- und Vertheidigungsmittel, deren sich eine Partei rücksichtlich einer der cumulirten Klagen hätte bedienen können, wenn sie diese Klage isolirt angestellt hätte, kann sie auch im Falle der Cumulation geltend machen. — Ja selbst die von dem Richter in einem bestimmten Falle einmal zugelassene formelle und äußere Verbindung ist nicht nothwendig eine permanente, sondern die Zulassung derselben ist nur als ein Versuch zu betrachten, Zeit und Kosten zu ersparen. Wenn sich aber in dem weiteren Verlaufe des Verfahrens ergibt, daß diese Vortheile durch eine fortgesetzte Simultanverhandlung nicht erreicht werden, so ist der Richter selbst verpflichtet, die gleichzeitige Instruction

wieder aufzuheben, und die einzelnen Klagen forthin separirt zu behandeln.

Von der Verbindung des Beweises mit der Klage.

§. 169.

Die Verbindung des Beweises mit der Klage im ordentlichen Processe ist zwar nach gemeinem Rechte erlaubt,

J. R. A. §. 35.

aber weder nothwendig, noch in der Regel nützlich, weil der Richter doch das Beweisverfahren früher nicht einleitet, als bis er den Beklagten mit seiner ersten Antwort gehört hat.

Nur in zwei Fällen kann eine solche Anticipation des Beweises einen Vortheil gewähren, nämlich:

1) wenn man den Grund der Klage durch Urkunden beweisen kann, weil sich hier der Beklagte schon in seiner ersten Vertheidigung über die Aechtheit der Urkunden erklären muß;

J. R. A. §. 39.

und

2) wenn man in Gefahr steht, durch längeren Aufschub des Gebrauches der Beweismittel derselben verlustig zu werden (prob. ad perpet. rei memoriam).

c. 5. X. 2. 6.

Ueber die innere Anordnung der Klageschrift.

§. 170.

Wenn nicht mehrere Klagen cumulirt werden, so macht man mit der Geschichtserzählung den Anfang, läßt

hierauf den Rechtsgrund folgen, wenn anders die Anführung desselben nicht als überflüssig erscheint, und schließt mit der Bitte, und zwar in der Art, daß man das Proceßgesuch dem Haupt- und Nebengesuche vorausschickt.

Bei einer Cumulation kommt es aber darauf an, ob jede der cumulirten Klagen auf einem eigenen Factum beruht, oder nicht. — In dem letzten Falle tritt die Cumulation nur durch das Gesuch hervor. In dem ersten Falle muß jede einzelne Klage mit allen Bestandtheilen besonders vorgetragen werden. Nur dann ist eine Ausnahme zu machen, wenn

1) ein gewisses Rechtsgeschäft von denselben Parteien öfters wiederholt, und der Beklagte jedesmal neuerdings eine Summe schuldig wurde. Hier werden die einzelnen Geschäfte nach einander erzählt, und zuletzt wird ein gemeinschaftliches, auf die Summe aller einzelnen Schuldbeträge gerichtetes Petitum gestellt. — Nicht selten wird in Fällen dieser Art eine besondere Berechnung beigelegt, auf welche man sich in der Klage bloß bezieht.

2) Wenn die Geschichtserzählung bezüglich der einen Klage nur einige Umstände mehr enthält, als bezüglich der andern. Hier wird nur eine Geschichtserzählung vorgetragen, welche aber für beide Actionen ausreicht, und die Cumulation erst bei Gelegenheit der Schlußbitte hervorgehoben.

Veränderung und Verbesserung der Klage.

§. 171.

Sehr wichtig kann zuweilen in praktischer Hinsicht die Frage werden, ob es dem Kläger erlaubt sey, nach geschehener Anbringung der Klage noch etwas an dem Inhalte des Klagevortrages abzuändern. — Nach älterem Röm. Rechte — zur Zeit des Formularprocesses kam es in dieser Hinsicht darauf an, ob der Kläger die Veränderung noch vor erfolgter litis contestatio, — in jure, —, oder erst später — in judicio — vornehmen wollte. In dem ersten Falle stand der Veränderung kein Hinderniß im Wege, weil die Verhandlungen in jure nur eine Vorbereitung des eigentlichen Rechtsstreites bildeten.

c. 3. C. 2. 1. „Edita actio *speciem futurae litis demonstrat.*"

Vgl. c. 1. C. 3. 9.

Nach erfolgter litis contestatio war aber eine Veränderung der actio, welche eine Abänderung der formula nöthig gemacht hätte, nicht zuläßig, weil der judex von der ihm ertheilten formula nicht abweichen durfte. Nur durch eine restit. i. i. konnte dem Kläger unter Umständen in diesem Falle noch geholfen werden.

Fr. 4. §. 5. D. 14. 5.

Seneca, epist. 107.

Wenn jedoch die Veränderung so wesentlich war, daß der neuen Klage selbst nach dem rechtskräftigen Unterliegen des Klägers in dem vorigen Rechtsstreite die exceptio rei judicatae nicht hätte schaden können, so konnte der Kläger die veränderte Klage auch ohne vorgängige restit. in integr. anstellen.

Gaj. IV. 55.

Vergl. Keller, Römischer Civilproceß II. S. 298. not. 825.

Nach dem Untergang des Formularprocesses fiel die Nothwendigkeit der restit. in integr. auch bei dem Versuche einer Klageänderung nach der Litiscontestation hinweg, weil der judex des neuen Rechtes an keine bestimmte Instruction mehr gebunden war; und bei der freien, durch die Eventualmaxime nicht beschränkten, mündlichen Form des Verfahrens war es nicht einmal nothwendig, den bisherigen Proceß förmlich fallen zu lassen, und einen neuen Rechtsgang zu eröffnen, sondern das einmal eingeleitete Verfahren konnte ohne Unterbrechung in Bezug auf den nunmehr veränderten Angriff (in eodem judicio) fortgesetzt werden.

§. 35. J. 4. 6.

Heutzutage kommt es darauf an, ob sich der Beklagte schon auf die früher erhobene Klage in der Hauptsache eingelassen hat oder nicht. In dem letzten Falle ist die Abänderung der Klage keinem Anstande unterworfen, weil der Beklagte dadurch in seiner Vertheidigung nicht verkürzt wird. Nur ist der Kläger verpflichtet, dem Beklagten diejenigen bisher erlaufenen Streitkosten zu erstatten, welche nicht entstanden seyn würden, wenn die Klage schon anfänglich in ihrer jetzigen veränderten Gestalt erhoben worden wäre. Ob übrigens die Veränderung einen wesentlichen oder außerwesentlichen Theil des früheren Klagevortrages betrifft, ist in diesem Falle gleichgültig. Wenn aber der Kläger die Veränderung erst nach erfolgter Einlassung und Vertheidigung des Beklagten vornehmen will, so ist zu unterscheiden, ob die Veränderung so unbedeutend ist, daß sie zu keiner neuen Vertheidigung Anlaß geben kann,

oder ob sich in Folge der Veränderung eine andere Vertheidigung denken ließe, als welche der Beklagte gegen die erste Klage geführt hat. In dem ersten Falle ist die Veränderung wieder zuläſſig, und zwar ohne daß um deßwillen das bisherige Verfahren aufgegeben, und der Proceß von vorne angefangen werden müßte. — In dem zweiten Falle aber kommt es darauf an, ob dem Kläger, wenn er nach dem rechtskräftigen Verluste des ersten Processes mit der veränderten Klage auftreten würde, die exceptio rei judicatae entgegenstehen würde oder nicht. — Stünde ihm diese Einrede nicht entgegen, so ist die Veränderung zwar zuläſſig, aber nicht mit Beibehaltung des bisherigen Verfahrens, sondern nur in der Art, daß der Kläger mit dem veränderten Angriffe ein neues Verfahren beginnt, und dem Beklagten die ihm durch den bisherigen Proceß verursachten Kosten vergütet. — Denn die Bestimmung des §. 35. J. 4. 6., welche eine solche Veränderung in eodem judicio gestattet, ist auf unser gegenwärtiges Verfahren nicht mehr anwendbar, weil in demselben vermöge des Eventualprincips zur Vertheidigung des Beklagten eine Frist festgesetzt wird, nach deren Ablauf der Beklagte keine weiteren Einwendungen mehr vorbringen darf; also demselben entweder die durch die Veränderung veranlaßte Vertheidigung abgeschnitten, oder die regelmäßige Ordnung des Verfahrens zerstört werden müßte. Nur dann, wenn der Beklagte selbst erklären sollte, daß er seine bisher geführte Vertheidigung ohne weitere Einrede auch gegen den veränderten Angriff gelten lassen wolle, und wenn auch die klare Auffassung der Streitfrage von Seite des Richters dadurch nicht getrübt würde, könnte das bisherige Verfahren von nun angefangen in Bezug auf die veränderte Klage fortgesetzt werden.

Stünde aber der veränderten Klage nach der rechtskräftigen Entscheidung des bisherigen Processes die exceptio rei judicatae entgegen, so ist die Abänderung unzulässig, wenn sich auch der Kläger bereit erklärte, das bisherige Verfahren fallen zu lassen und dem Beklagten die bisherigen Kosten zu vergüten. Denn wenn man in diesem Falle die Klageänderung unter den angeführten Bedingungen gestattete, so könnte sie leicht von dem Kläger als ein Mittel gebraucht werden, um dem Beklagten gewisse Vortheile, welche er in dem bisherigen Verfahren bereits erlangt hatte, z. B. durch Geständnisse, Versäumnisse des Klägers, wieder zu entziehen. Der Beklagte wird daher einem Versuche dieser Art mit der except. litis pendentis entgegentreten können.

Vergl. über diese Lehre:

Meine Abhandlung über die Abänderung des Klaglib. Landshut 1819.

Buchka, Einfluß des Proceß. II. S. 92 flg.

Sintenis, Erläut. Heft I. S. 208.

Mühlenbruch, Grundr. S. 131. not.

Von dem richterlichen Decrete auf die Klage.

§. 172.

Die überreichte Klageschrift hat der Richter einer sorgfältigen Prüfung zu unterwerfen, sowohl in formeller, als in materieller Beziehung; und von dem Ergebnisse dieser Prüfung hängt die Verfügung ab, welche nun zu treffen ist.

I. Findet der Richter das Klageschreiben vollkommen

tadellos, so werden zwei Decrete erlassen; eines an den Beklagten, das zweite an den Kläger.

Durch das erste wird der Beklagte unter Mittheilung des Duplicats der Klageschrift zur Beantwortung derselben, sowie zum Vorbringen der ihm etwa zu Gebote stehenden Einreden aufgefordert; — durch das zweite wird dem Kläger von dieser Verfügung Nachricht gegeben. — Beide Decrete sind nothwendig: das erste, weil der Richter ohne Antwort auf die Klage den eigentlichen Streitpunkt nicht ermitteln könnte, und weil dem Beklagten Gelegenheit gegeben werden muß, sich zu vertheidigen; — das zweite, weil dem Kläger daran gelegen ist, zu erfahren, daß sein Antrag nicht unbeachtet geblieben ist, und weil er, ohne den an den Beklagten ergangenen Auftrag zu kennen, nicht im Stande wäre, im Falle der Nichtbefolgung desselben eine bemessene Ungehorsamsbeschuldigung anzubringen. — Hiebei versteht sich von selbst, daß dem Beklagten zur Beantwortung der Klage eine Frist vorzuschreiben ist, welche im ordentlichen Verfahren gewöhnlich in 30 Tagen besteht, aber das erstemal noch nicht in peremtorischer Eigenschaft festgesetzt wird.

S. oben S. 469.

Wenn übrigens die Klageschrift außer dem die Hauptsache und deren Accessionen betreffenden Gesuche auch noch zufällige Nebenanträge, z. B. auf Verleihung des Armenrechts, auf Leistung einer processualischen Caution u. dgl. enthält, so ist auch hinsichtlich dieser Nebenanträge das Geeignete zu verfügen.

Gemäß einer Vorschrift des J. R. A. §. 110. soll zwar der Richter in zweifelhaften Sachen noch „vor angefangenem Rechtstand und Litisconiesta-

tion" die Parteien in Güte „von einander zu setzen" suchen; — und im Hinblicke auf diese Vorschrift wird daher gewöhnlich noch vor der Aufforderung des Beklagten zur Einlassung und Vertheidigung ein Termin zum Versuche einer gütlichen Beilegung des Streites anberaumt. Wenn man jedoch erwägt, daß in der Regel bei dem Beginne des Streites die Parteien nur selten zur Eingehung eines Vergleiches geneigt sind, und daß der Richter vor der Beantwortung der Klage auch nicht hinreichend in der Sache informirt ist, um wohlbemessene Vergleichsvorschläge zu machen, so dürfte die Wahl dieses Zeitpunktes zu einem Vergleichsversuche kaum zu billigen seyn.

II. Findet aber der Richter die Klageschrift fehlerhaft, so hängt die zu erlassende Verfügung von der Beschaffenheit und Erheblichkeit des entdeckten Fehlers ab. — In einigen Fällen kann

A. der Kläger jetzt schon definitiv und unbedingt zurückgewiesen werden;

B. in anderen Fällen tritt nur eine bedingte — relative Abweisung ein, welche dem Kläger noch die Möglichkeit offen hält, seinen Anspruch in anderer Art geltend zu machen.

Zuweilen wird endlich

C. das Urtheil über die Zuläßigkeit der Klage zur Zeit noch suspendirt, und dem Kläger nur durch ein s. g. Prälocut aufgetragen, etwas zu verbessern oder zu ergänzen.

Fortsetzung.

§. 173.

Zu A.

Die unbedingte Abweisung der Klage soll nur dann verfügt werden, wenn sich aus dem eigenen Vortrage des Klägers ergibt, daß dem Anspruche desselben überall gar kein Rechtsgrund zur Seite steht. Dieses Nichtvorhandenseyn eines Rechtsgrundes muß übrigens auch vollkommen gewiß seyn. Denn wenn noch irgend ein Zweifel hierüber besteht, so ist es rathsamer, die Klage doch dem Beklagten mitzutheilen, weil die unmittelbare Abweisung leicht zu Gegenvorstellungen und selbst zur Appellation Anlaß gibt, deren Erfolg darin bestehen kann, daß zuletzt doch die Einleitung eines Verfahrens angeordnet wird. —

Der herkömmlichen Gerichtssprache zufolge geschieht diese Abweisung mit der Formel: „die Klage findet nicht Statt."

Zu B.

Ungleich öfter wird sich der Richter veranlaßt finden, die Klage in bedingter Art abzuweisen. Die hieher gehörigen Fälle sind nämlich folgende:

a) wenn sich aus dem Vorbringen des Klägers ergibt, daß zwar die von ihm gewählte Klageart in dem gegebenen Falle nicht anwendbar ist, daß aber eine andere allerdings gebraucht werden könnte. In diesem Falle pflegt man sich der Abweisungsformel zu bedienen „die erhobene Klage findet nicht Statt."

b) Wenn sich der Richter in subjectiver oder objectiver Beziehung nicht für zuständig hält, und nicht ge-

neigt ist, eine Prorogation zu gestatten. Die Abweisung erfolgt hier mit den Worten „von diesem Gerichte."

c) Wenn schon aus der geschichtlichen Darstellung erhellt, daß der Kläger mit der gerichtlichen Verfolgung seines Anspruches zu früh hervorgetreten ist. Die Abweisung geschieht hier mit der Formel „zur Zeit."

d) Wenn der Vortrag der Klage in formeller Beziehung fehlerhaft ist; z. B. wenn der Kläger kein Hauptgesuch stellte, oder bei einer dinglichen Klage die Angabe der speciellen Erwerbsart des Rechtes unterließ u. dgl.

In diesem Falle erfolgt die Abweisung „angebrachter Maßen."

Zu C.

Ein vorläufiger Auftrag an den Kläger ist zu erlassen, wenn dieser eines Beistandes, oder der Ermächtigung zur Proceßführung von Seite eines anderen bedarf, und ohne solche aufgetreten ist. Wenn indessen anstatt des zur Klage Berechtigten ein Stellvertreter erscheint, ohne sogleich eine Vollmachtsurkunde vorzulegen, so wird nicht selten, in der Erwartung nachfolgender Genehmigung, die Klage doch dem Beklagten zur Beantwortung mitgetheilt, und dem Stellvertreter nebenbei aufgegeben, Genehmigung und Vollmacht nachträglich binnen einer bestimmten Frist nachzuweisen. — Sollte allenfalls die Klageschrift beleidigende oder sonst ungebührliche Aeußerungen enthalten, so ist dieselbe vor allem dem Kläger mit einer angemessenen disciplinären Ahndung zur Reinigung von den anstößigen Stellen (ad purificandum) zurückzugeben. —

Die Frage, ob die Klageschrift in denjenigen Fällen, in welchen sie entweder unbedingt oder bedingt abgewiesen werden muß, nicht doch dem Beklagten wenigstens

zur Wissenschaft mitgetheilt werden soll, ist ungeachtet der in neuerer Zeit dagegen gemachten Einwendungen

Heffter, Syst. S. 431. not. 79.

Schmid, Hdb. II. S. 26 und 27.

nach dem Principe der Oeffentlichkeit des Verfahrens für die Parteien richtiger zu bejahen. Nur dann, wenn die Klageschrift beleidigende Ausfälle enthält, läßt sich eine Ausnahme hievon rechtfertigen.

Wirkungen des ersten Decrets.

§. 174.

An den Anfang eines Rechtsstreites sind verschiedene Wirkungen geknüpft, welche sich theils auf das Rechtsverhältniß des Gerichtes, theils auf die Rechtsverhältnisse der streitenden Theile beziehen. Als Anfangspunkt des Rechtsstreites wurde im älteren Röm. Rechte der Moment der litis contestatio bezeichnet. Im späteren Röm. Rechte wurden jedoch mehrere jener Wirkungen schon auf den Zeitpunkt der Mittheilung der Klage an den Beklagten zurückgestellt. Ueber die Frage, wann jene Wirkungen nach dem heutigen Rechte eintreten, sind zwar die Ansichten getheilt;

S. Arndts Lehrb. I. §. 113. not. 5.

bezüglich der folgenden wird aber der Moment der Klagemittheilung allgemein, oder doch von der überwiegenden Mehrzahl der neuern Rechtslehrer als der entscheidende anerkannt:

I. Hinsichtlich der Unterbrechung der Klageverjährung. Wenn nämlich der Berechtigte die Klage noch vor dem Ablaufe der Verjährungsfrist bei Gericht anbringt, und auch die Mittheilung derselben an den

Beklagten bewirkt, so wird dadurch die Klage der Gefahr des Erlöschens durch den Ablauf der Verjährungsfrist entrissen.

c. 3. C. 7. 40.

Sollte der Proceß nachher zu irgend einem Zeitpunkte liegen bleiben, so verjährt die Klage erst von da angefangen in vierzig Jahren.

c. 9. C. 7. 39.

Auf den Inhalt des mittheilenden richterlichen Decretes kommt in Ansehung dieser Wirkung nichts an, wenn nur der Beklagte dadurch von dem Anspruche des Klägers in Kenntniß gesetzt wurde. Auch hindert die allgemeine Fassung des Klagevortrages den Eintritt der bezeichneten Wirkung keineswegs.

c. 3. C. cit.

Die bloße Anbringung der Klage allein ohne deren Mittheilung reicht aber in der Regel zur Unterbrechung der Verjährung nicht hin;

c. 3. C. cit.

„et libellum conventionis ei *transmiserit*"

sondern nur dann, wenn die Klage gegen einen Abwesenden, oder gegen einen nicht bevormundeten geisteskranken oder im Kindesalter befindlichen Gegner gerichtet ist, in welchem Falle übrigens unter Umständen selbst eine außergerichtliche öffentliche Protestation genügen kann.

c. 2. C. 7. 40.

Vergl. über das Ganze:

K. A. D. Unterholzner, ausführl. Entwicklung der gesammten Verjährungslehre, Leipzig 1828. I. Bd. §. 124 u. 125.

C. G. Wächter, Erört. III. S. 89—99.

Sintenis, Erläut. I. §. 31.

v. Savigny, Syst. V. §. 242. 243.

Was die sogenannte Adquisitivverjährung betrifft, so wurde nach Röm. Rechte die usucapio nicht nur durch die Mittheilung der Klage, sondern selbst durch die litiscontestatio nicht unterbrochen,

fr. 2. §. 21. D. 41. 4.
fr. 14. pr. D. 10. 2.
fr. 9. §. 6. D. 10. 4.

was übrigens freilich dem Beklagten doch nichts half, weil er in Folge der durch die litiscontestatio begründeten obligatio im Falle des Unterliegens doch zur Herausgabe der Sache verpflichtet war, wenn nur der Kläger zur Zeit der litiscontestatio noch das Eigenthumsrecht an der Sache hatte.

Fr. 18. 20. 21. D. 6. 1.
Fr. 2. §. 21. D. 41. 4.
G. Fr. Puchta, Lehrb. §. 138.
Unterholzner a. a. O. §. 126 u. 127.
Dr. Fr. Jul. Stahl, comment. ad leg. XVIII. D. De rei vind.
Wächter a. a. O. S. 99.

Die longi temp. praescriptio wurde vor Justinian erst durch die litis cont. unterbrochen;

c. 2. C. 3. 19.
c. 26. C. 3. 32.
c. 10. C. 7. 32.
c. 10. C. 7. 33.

Aus der Art und Weise aber, wie sich Justinian in der c. 8. C. 7. 39. über die Unterbrechung der praescript. longissimi temporis, und in der c. 2. C. 7. 40. über die Unterbrechung jeder Verjährung (auch der triënn. oder longi temp.) äußert, folgt, daß nach Justinianischem Rechte auch die erwerbende Verjährung, wie

die Klageverjährung durch die Mittheilung der Klage an den Beklagten unterbrochen wird.

Wächter a. a. O. S. 101 flg., wo auch in der Note 36 die abweichende Ansicht berührt wird.

II. Hinsichtlich der Fortdauer der Zuständigkeit des Gerichts. — Sobald nämlich das erste richterliche Decret auf die Klage dem Beklagten insinuirt ist, bleibt das Gericht, von dem das Decret erlassen wurde, in dieser Streitsache fortwährend competent, gesetzt auch, daß der Beklagte noch im Laufe des Verfahrens seinen Gerichtsstand verändern sollte.

c. 20. X. 1. 29.

c. 19. X. 2. 2.

Vgl. Fr. 19. D. 2. 1.

Fr. 7. D. 5. 1.

III. Hinsichtlich der Einrede der sogenannten Litispendenz. Wenn nämlich der Kläger nach der Insinuation des ersten gerichtlichen Decrets dieselbe Klage wider denselben Gegner neuerdings anstellt, sey es nun bei dem nämlichen oder bei einem anderen Gerichte, so kann ihm der Beklagte die exc. lit. pendentis entgegensetzen, selbst dann, wenn das andere Gericht mit dem zuerst angerufenen concurrente Zuständigkeit in der betreffenden Streitsache hatte.

S. oben S. 242.

IV. Hinsichtlich der Unveräußerlichkeit des Streitgegenstandes. Nach der Mittheilung des ersten Decretes darf nämlich der Beklagte das Streitobject nicht mehr veräußern. Geschieht es doch, so ist die Veräußerung ungültig und als nicht geschehen zu betrachten.

Fr. 3. D. 44. 6.

Fr. de jure fisci §. 8.

Fr. 4. §. 1. D. 39. 3.

c. 2. u. 4. C. 8. 37.
Nov. 112. c. 1.
c. 50. C. 11. qu. 1.
c. 3. X. 2. 16.

Hat bei einer solchen Veräußerung der dritte Erwerber von der Litigiosität der Sache gewußt, so muß er dieselbe ohne Entschädigung restituiren, und der Alienant muß den dafür empfangenen Werth zur Strafe dem Fiscus bezahlen. War aber der Adquirent in bona fide, so muß er zwar die Sache auch herausgeben, erhält aber den Preis zurück, und der Alienant muß ihm zur Strafe noch ein Drittheil mehr ersetzen.

c. 4. C. 8. 37. bestätigt in Nov. 112. c. 1.

Kann die veräußerte Sache in natura gar nicht mehr hergeschafft werden, so muß ein Aequivalent dafür gegeben werden.

arg. c. 3. u. 4. X. 2. 16.

Die Strafen des Römischen Rechts werden indessen jetzt nicht mehr in Anwendung gebracht, sondern gewöhnlich wird nur angenommen, daß die Execution unmittelbar gegen den dritten Besitzer der veräußerten res litigiosa gerichtet werden dürfe.

Mev. VIII. 380.
Höpfner Comm. §. 867. a. E.

Das Veräußerungsverbot selbst unterliegt übrigens verschiedenen Beschränkungen:

aa) bezieht sich dasselbe nur auf solche Fälle, wo eine Sache mit einer actio in rem verfolgt wird.

Nov. 112. c. 1.
Lauterbach Coll. 44. 6. §. 7.

bb) In einigen Fällen cessirt dieses Verbot gänzlich.

c. 4. C. 8. 37.

Nach älterem Röm. Rechte entstand die Litigiosität erst durch die litis contestatio.

Fr. 13. D. 10. 2.

Fr. 1. D. 44. 6.

Allein in der Nov. 112. c. 1. wird diese Wirkung schon der Mittheilung der Klage zugeschrieben, und damit stimmt auch das canon. Recht überein.

Cl. 2. 2. 5.

Ueber die ganze Lehre und die Umgestaltung derselben im heutigen Rechte s.

Zimmermann, im Archive für civ. Prax. Bd. XXXV. Heft 3. S. 431 und Band XXXVI. Heft 1. S. 49 flg.

V. Hinsichtlich der Haftung für *omnis causa*.

Bei Klagen, welche gegen den Besitzer als solchen gehen, erhält der Beklagte, welcher in gutem Glauben besitzt, durch die Mittheilung der Klage das Bewußtseyn, daß ein Anderer auf die Sache einen rechtlichen Anspruch macht; und an dieses Bewußtseyn knüpft sich natürlich der Gedanke, daß der Anspruch des Klägers möglicherweise auch begründet seyn könnte. Stellt sich dieses Begründetseyn des klägerischen Rechts in der Folge wirklich als das Resultat der gerichtlichen Verhandlungen heraus, so kann der Kläger nicht bloß die Herausgabe der Sache allein, sondern auch die Restitution oder den Ersatz derjenigen Nebensachen (der Früchte und des sonstigen Zuwachses) fordern, welche während der Dauer des Processes der besitzende Beklagte erworben hat, oder hätte erwerben können, welche aber dem Kläger zugefallen seyn würden, wenn er die Richtigkeit seines Anspruches schon am Anfange des Processes sofort zur Anerkennung hätte bringen können.

Fr. 40. pr. D. 5. 3.

Fr. 17. §. 1. Fr. 20. D. 6. 1.
Fr. 31. pr. D. 12. 1.
Fr. 35. 75. D. De V. S.

Auf diesen möglichen Erfolg muß sich daher auch der Besitzer in gutem Glauben gefaßt halten, sobald ihm die Klage mitgetheilt ist.

Weil übrigens die Verbindlichkeit, für omnis causa zu haften, dem malae fidei possessor schon vor dem Processe obliegt, so wird die in Frage stehende Wirkung des Proceßanfanges im Röm. Rechte auch durch die Regel ausgedrückt: „Post motam controversiam omnes incipiunt malae fidei possessores esse.“

Fr. 25. §. 7. D. 5. 3.
Fr. 45. D. 6. 1.
c. 22. C. 3. 32.
Vgl jedoch: Fr. 40. pr. und Fr. 36. §. 4. D. 5. 3.

Der Moment der Klagemittheilung wird zwar im Röm. Rechte nur bei der Erbschaftsklage als der Zeitpunkt des Eintrittes dieser Haftungsverbindlichkeit des redlichen Besitzers bezeichnet,

Fr. 20. §. 11. Fr. 25. §. 7. D. 5. 3.

während bei anderen Klagen ausdrücklich der Zeitpunkt der litis contestatio als der entscheidende genannt wird.

c. 22. C. 3. 32.
c. 2. C. 7. 51.

Die Mehrzahl der neueren Rechtslehrer dehnt jedoch die erste Bestimmung mit Rücksicht auf

Fr. 75. D. De V. S.
§. 2. J. 4. 17.

auch auf die übrigen Klagen aus.

Wächter, Erört. III. S. 108.
Arndts, Lehrb. I. S. 146. ob. lit. b.
Vgl. v. Savigny, System. VI. S. 251, nr. 7.

Ob der Beklagte auch schuldig ist, — wenn eine Geldsumme den Gegenstand der Klage bildet, — im Falle des Unterliegens dem siegenden Kläger vom Zeitpunkte der Klagemittheilung an gerechnet Zinsen zu bezahlen, selbst dann, wenn sonst kein besonderer Grund einer Zinsverbindlichkeit vorhanden wäre, ist zwar bestritten.

Vgl. v. Savigny, Syst. VI. S. 161 flg.

Da jedoch die Zinsen die juristische Natur der Früchte an sich tragen,

Fr. 34. D. 22. 1.

die Verbindlichkeit des Beklagten aber, von dem Tage der controversia mota die Früchte zu ersetzen, außer Zweifel ist; und da die Verpflichtung zur Zahlung von Proceßzinsen in einzelnen Fällen wirklich schon im Röm. Rechte anerkannt ist, z. B. in c. 1 u. 2. C. 6. 47., so verdient die bejahende Entscheidung dieser Streitfrage den Vorzug. Auch ist diese Verpflichtung keineswegs bloß auf den Fall liquider Geldsummen, oder auf actiones b. f. zu beschränken; denn die Ausnahme bei der condictio indebiti beruht auf einem singulären Grunde, welcher nicht bei allen Condictionen eintrat.

S. darüber besonders v. Savigny a. a. O. S. 138 flg.

Ueber die entgegengesetzte Ansicht ist vorzüglich zu vgl. Wächter, Erört. Heft II. S. 54. und Heft III. S. 106.

VI. Durch die Mittheilung des ersten Decrets entsteht für den Beklagten die Befugniß, bei demselben Gerichte eine Widerklage anzubringen.

S. oben S. 213 flg.

Fortsetzung.

§. 175.

Zur Entstehung der in dem vorigen Paragraph angeführten Wirkungen reicht es übrigens nicht hin, daß überhaupt nur irgend ein Decret auf die Klage erlassen, und daß dieses Decret dem Beklagten insinuirt worden ist, sondern der Beklagte muß zugleich von dem wesentlichen Inhalte der Klage in Kenntniß gesetzt worden seyn, und das Decret selbst muß von dem zuständigen Richter in der Absicht erlassen worden seyn, in der Hauptsache ein Verfahren einzuleiten. Das Decret eines incompetenten Richters bringt daher jene Wirkungen nur dann hervor, wenn der Mangel der Competenz durch nachfolgende Prorogation von Seite des Beklagten gehoben wird. Auch kann einem Decrete, welches die Klage aus formellen Gründen zurückweist, die Kraft, jene Wirkungen hervorzubringen, so lange nicht beigelegt werden, so lange die formellen Hindernisse der Zulassung nicht beseitiget sind.

Arg. Clem. 2. 2. 5.

Vgl. oben S. 240.

Nur zur Unterbrechung der Klageverjährung (§. 174. Nr. I.) genügt schon die Mittheilung einer, — wenn auch zu allgemein gefaßten und daher fehlerhaften Klageschrift.

c. 3. C. 7. 40.

Von der ersten Vertheidigung des Beklagten.

Einleitung.

§. 176.

Die erste Vertheidigung des Beklagten gegen die Klage kann möglicher Weise einen sehr verschiedenen Inhalt haben. Die übersichtliche Classification der verschiedenen Vertheidigungsarten fällt aber anders aus, wenn man dabei auf die eigenthümliche Auffassung und Terminologie des Röm. Rechts Rücksicht nimmt, als wenn man die jetzt üblichen Begriffe und Ausdrücke festhält. — Nach Röm. Rechte kann man nämlich alle Vertheidigungsmittel des Beklagten auf zwei Gattungen zurückführen. Der Beklagte konnte nämlich

A. geradezu verneinen, daß dem Kläger dasjenige Recht zustehe, welches er durch die Klage geltend machen wollte. — Er konnte sich aber

B. auch auf ein eigenes Recht berufen, durch welches das Recht des Klägers, — auch dessen Daseyn vorausgesetzt, — in seiner Wirkung gehemmt oder vereitelt wurde.

Für die Vertheidigung der ersten Art hatten die Römer keinen besondern Kunstausdruck; sondern, wenn in den Quellen davon die Rede ist, so wird dieselbe durch die gewöhnlichen Worte „negare, negatio“ bezeichnet.

Für die Vertheidigung der zweiten Art kommt aber der technische Ausdruck „exceptio“ vor.

Sowohl die negatio, als die exceptio konnte übrigens wieder auf doppelte Art vorkommen. Der Beklagte konnte nämlich

Zu A.

entweder schlechthin läugnen, daß dem Kläger das von ihm behauptete Recht irgend einmal zugestanden habe (absolute Verneinung); oder er konnte läugnen, daß es ihm jetzt noch zustehe, indem er wußte, oder glaubte, daß es mittlerweile durch irgend einen Vorgang (z. B. eine Schuldforderung durch Zahlung) wieder aufgehoben worden sey (relative Verneinung). So lange der Formularproceß noch existirte, war übrigens der Beklagte nicht schuldig, in dem letzten Falle den Vorgang, durch welchen er das klägerische Recht für aufgehoben hielt, schon in jure ausdrücklich anzugeben, sondern es genügte eine einfache Verneinung, weil auch die Formel an den judex auf die Gegenwart gestellt war (si paret, dare oportere), folglich der Beklagte, wenn er auch die Aufhebungsart (z. B. die Zahlung) erst später in judicio anführte und bewies, doch losgesprochen werden mußte.

Außer diesen beiden Arten der Negation ließe sich zwar auch noch eine dritte denken, welche darin bestünde, daß der Beklagte nicht die Thatsachen läugnete, auf welche der Kläger seinen Anspruch stützte, sondern nur in Abrede stellte, daß aus diesen Thatsachen ein klagbares Recht entspringe. Allein in Fällen dieser Art würde nach älterem Röm. Rechte ohnehin der Prätor die actio denegirt haben.

Zu B.

Die Vertheidigung durch exceptio war aber ebenfalls in zweifacher Art möglich. — Das Recht, auf welches sich der Beklagte berief, konnte nämlich entweder von der Art seyn, daß dadurch der Anspruch des Klägers für alle Zeit wirkungslos wurde (exceptio perpetua, peremtoria), oder, daß es der Wirksamkeit der actio

nur eine Zeit lang im Wege stand (exceptio temporalis oder dilatoria).

S. über diese Classification:

v. Savigny, Syst. V. S. 150 flg.

Diese Classification paßt jedoch auf die gegenwärtigen Verhältnisse hauptsächlich aus dem Grunde nicht mehr, weil einer unläugbaren, allgemeinen Gewohnheit zufolge nicht bloß in der Praxis, sondern auch in der Doctrin, und selbst nach der neueren legislativen Auffassung die Vertheidigung durch relative Verneinung in das Gebiet der Exceptionen gestellt wird.

Ob der zur Rettung des Röm. Systems gemachte Vorschlag, zwischen „Einreden" und „Exceptionen" zu unterscheiden, in der Praxis Eingang finden werde, ist sehr zu bezweifeln.

Fortsetzung.

§. 177.

Stellt man sich auf den Standpunkt des jetzt geltenden Rechts, welches bei allen deutschen Gerichten in lebendiger Uebung ist, so scheint bei der übersichtlichen Zusammenstellung der verschiedenen Vertheidigungsmittel des Beklagten der Zweck dieser Mittel den natürlichsten Anhaltpunkt darzubieten.

Dieser Zweck kann aber ein doppelter seyn.

Entweder

I. es ist dem Beklagten nur darum zu thun, die Klage für jetzt abzuwenden; oder

II. er will sich für immer davon befreien.

Die Vertheidigung der ersten Art wird geführt durch die sogenannten verzögerlichen Einreden (except. dilatoriae); — die der zweiten Art ist auf dreifache Weise möglich. Der Beklagte kann nämlich

1) die Existenz eines Rechtsgrundes der Klage widersprechen, d. h. er kann zu zeigen suchen, daß der Anspruch des Klägers gar nicht als gerichtlich verfolgbar in den Gesetzen anerkannt sey; — oder er kann

2) den historischen Klagegrund läugnen, d. h. er kann die factischen Verhältnisse widersprechen, ohne welche der Rechtsgrund in concreto nicht anwendbar ist (negative Einlassung oder Litiscontestation); — oder endlich

3) er kann ein neues Factum anführen, wodurch entweder die rechtliche Wirksamkeit der an sich begründeten Klage verhindert, oder der Anspruch des Klägers als bereits aufgehoben dargestellt wird (peremtorische Einreden).

Die möglichen Bestandtheile der ersten Schrift des Beklagten sind demnach

A) dilatorische Einreden,
B) rechtliche Gegendeductionen,
C) die Einlassung, und
D) peremtorische Einreden.

Von jedem dieser Bestandtheile ist nun insbesondere zu handeln.

A. Von den dilatorischen Einreden.

§. 178.

Der allgemeine Begriff, welcher heutzutage mit dieser Art von Einreden verbunden wird, ist ein ganz an-

derer, als welchen das ältere Röm. Recht zur Zeit des Formularprocesses damit verband.

Wir nennen nämlich jede Einrede dilatorisch, welche, auch wenn sie gegründet und erwiesen ist, doch nie eine definitive Befreiung des Beklagten von dem Anspruche des Klägers zur Folge haben kann, sondern nur eine einstweilige temporäre Abweisung der Klage. Anders verhielt sich die Sache nach älterem Röm. Rechte; diesem zufolge bewirkte jede wahre exceptio ohne Unterschied eine definitive Lossprechung des Beklagten, sobald sie in die Formula aufgenommen, in judicium deducirt und gehörig bewiesen war, theils wegen der s. g. processſ. Consumtion der Klage, welche jedesmal durch die litis contestatio bewirkt wurde, theils weil die formula den judex nur zur definitiven Lossprechung ermächtigte, falls eine Einrede bewiesen werden würde. Die gleichwohl schon vorkommende Eintheilung in exc. dil. und peremt. bezog sich also nicht auf die Wirkung, sondern auf die Dauer. War nämlich die von dem Beklagten in jure vorgeschützte exceptio von der Art, daß ihr der Kläger nie entgehen konnte, auch dadurch nicht, daß er für jetzt seine actio zurückzog, um sie später wieder anzubringen, so nannte man sie exceptio perpetua seu peremtoria. War sie aber so beschaffen, daß sie, wenn der Kläger seine actio vor der Hand zurücknahm, um es erst später wieder zu einem judicium kommen zu lassen, mittlerweile erlöschen konnte, so hieß sie temporalis seu dilatoria.

Gaj. lib. IV. §. 120—126; besonders §. 123.

Dr. J. A. Michael Albrecht, die Except. des gem. deutsch. Rechts. München 1835. S. 23 unt.

Zimmern, Gesch. des Röm. Privatr. III. §. 95.

Keller, der Röm. Civilproc. I. S. 150.

Dilatorische Einreden waren daher solche, denen man durch freiwilligen Aufschub der actio vor der L. C. ausweichen konnte, und darauf geht auch die Definition in

Fr. 2. §. 4. Fr. 3. D. 44. 1.

§. 9. J. De exc.

welche Justinian in seine Sammlung aufnehmen ließ, obwohl zu seiner Zeit diese Bedeutung ebensowenig einen praktischen Werth mehr hatte, wie bei uns.

Vergl. §. 9. J. cit.

Wächter, Erört. III. S. 51.

Die jetzt s. g. gerichtsablehnenden Einreden (exc. fori declinatoriae) waren übrigens im älteren Römischen Rechte keine dilatorischen Einreden, weder dem Begriffe, noch der Wirkung nach, sondern praescriptiones, durch welche das bereits angeordnete judicium aufgeschoben werden konnte.

Zimmern a. a. O. §. 95 u. 97.

Vergl. v. Savigny, Syst. V. S. 176.

Keller a. a. O. not. 398.

Im deutschen Proceßrechte wurden sie aber von jeher den dilat. beigezählt, z. B. schon

C. G. O. 1507. V. §. 4.

Heutzutage spricht man übrigens auch von gemischten Einreden, worunter man solche versteht, welche bald nur einen Aufschub der Klage bewirken, bald zu einer gänzlichen Befreiung des Beklagten führen können, wie z. B. die exc. ordinis seu excuss.

Gensler, Comm. zu Martins Lehrb. (Ed. v. Morstadt) I. S. 161.

Aber eigentlich sollte man sie dilatorische Einreden nennen. Denn, wenn auch zuweilen der Beklagte in Folge einer solchen Einrede definitiv befreit wird, so ist

dieses doch nicht die unmittelbare Wirkung der exc., sondern eines andern zufälligen Umstandes, z. B. der Zahlung von Seite des Hauptschuldners bei der exc. ordin. — Die unmittelbare Wirkung solcher Einreden (auf alle Einwendungen dieser Art paßt übrigens der Ausdruck Einrede im jetzigen Sinne nicht einmal) besteht zunächst doch nur in einem Aufschub der Klage.

S. darüber:

G. E. Schmidt, die gemischten Einreden. Dresden und Leipz. 1839.

Ueber die Natur der exc. divis. s.

A. Dedekind, De exc. divis. Gotting. 1853. p. 110. not. 4.

Das Gebiet der dilatorischen Einreden im jetzigen Sinne ist sehr ausgebreitet. Der Stoff dazu kann hergenommen werden aus der fehlerhaften Einrichtung der Klageschrift, aus den Nebenbestimmungen des Anspruches selbst, aus einem Mangel in der Person der streitenden Theile oder ihrer Stellvertreter, und endlich auch aus einem Mangel in der Person des Richters. Einreden der letzten Art nennt man insbesondere gerichtsablehnende (exc. fori declinatoriae), welche ihrer eigenthümlichen Wirkung halber besonders auszuzeichnen sind.

Die allgemeinen Grundsätze über dilatorische Einreden sind folgende:

I. Wenn der Beklagte solche Einreden geltend machen will, so muß er sie noch vor der Litiscontestation vorschützen. Späterhin wird er in der Regel nicht mehr damit gehört.

Vergl. Fr. 40. §. 3. D. 3. 3.
c. 13. C. 8. 36.
c. 4. X. 2. 25.
c. 20. X. 2. 27.

fo. 574* Nach d. Eventualmaxime sind d. Dilat. Einred an d. Spitze d. Exceptionsschrift d. Beklagten zu stellen, oder dem d. Litiscontestatio conditionaliter beizufügen

Hiebei verordnete das canonische Recht insbesondere, daß der Richter dem Beklagten eine peremtorische Frist zur Anbringung aller ihm zu Gebote stehenden Einreden dieser Art vorsetzen soll, um absichtlicher Verzögerung vorzubeugen.

C. 4. X. cit.

Die deutschen Reichsgesetze aber schrieben vor, daß alle dilatorischen Einreden in dem ersten zur Vertheidigung gegen die Klage bestimmten Termine vorgebracht werden sollten.

Vergl. C. G. O. 1507. tit. V.
C. G. O. 1555. III. 24. §. 2.
J. R. A. §. 37. 38.

Die Regel, daß nach der Einlassung keine dilatoria mehr zugelassen werden soll, leidet indessen eine Ausnahme, wenn entweder

1) der Grund dazu erst später entstanden ist, oder, wenn der Beklagte zur Zeit der Einlassung noch keine Kenntniß davon hatte, und Dieses eidlich bekräftiget;

c. 4. X. 2. 25.

2) wenn die Einrede von der Beschaffenheit ist, daß die gänzliche Außerachtlassung derselben eine unheilbare Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge haben würde.

c. 4. in f. X. 1. 38.
c. 12. X. 2. 25.

3) Wenn eine dilatorische Einrede die Hauptsache selbst berührt, z. B. wenn sie aus den Nebenbestimmungen des klägerischen Anspruches abgeleitet ist, wie die exceptio pacti de non petendo intra certum tempus, so kann sie eigentlich nicht vor der Antwort in der Hauptsache angeführt werden, weil sie selbst einen Bestandtheil der Antwort bildet.

C. G. O. v. 1507. V. 4.

v. Linde, Lehrb. (7te Aufl.) §. 203. Nr. 2.

Aber an den ersten Termin ist sie allerdings gebunden.

II. Gewöhnlich wird auch behauptet, daß die dilatorischen Einreden entweder sogleich bei ihrer Anbringung, oder doch spätestens am Schlusse des ersten Verfahrens liquid (bewiesen) seyn müßten, widrigenfalls sie der Richter in dem ersten Urtheile übergehen könne, ohne einen Beweis darüber aufzulegen.

Danz, ord. Proc. §. 169. und die dort Angeführten.

Allein gesetzlich ist diese Beschränkung nirgendwo ausgesprochen; vielmehr spricht die C. G. O. III. 26. §. 1. für das Gegentheil.

S. darüber: F. C. Gesterding, Ausbeute von Nachforsch. II. Thl. S. 176 flg.

III. Wenn man bloß auf den Zweck und die Natur dieser Einreden im Allgemeinen Rücksicht nimmt, so scheint es überflüssig zu seyn, von dem Beklagten, welcher solche Einreden wirklich vorschützt, doch auch noch die Einlassung auf die Hauptsache selbst zu fordern.

Denn zunächst kommt es doch nur auf die Beseitigung der angeregten Hindernisse an, und, wenn diese nicht gehoben werden können, so findet ein Fortschreiten in der Hauptsache ohnehin nicht statt.

Allein die deutschen Reichsgesetze legen dessen ungeachtet dem Beklagten die Pflicht auf, mit den dilatorischen Einreden wenigstens eventuell auch die Einlassung in der Hauptsache zu verbinden, — damit, wenn die Hindernisse in der Folge gehoben werden, mittlerweile auch das Verfahren in Ansehung der Hauptsache schon weiter vorgerückt sey.

J. R. A. §. 37. 40.

Indessen ist diese Vorschrift nicht ohne Ausnahme. Wenn nämlich

1) dem Beklagten eine gerichtsablehnende Einrede (fori declinatoria) zu Gebote steht, so ist er nicht einmal schuldig, eventualiter litem zu contestiren, sondern er kann jene Einrede allein vorschützen.

J. R. A. §. 40.

2) Manche dilatorische, wenn auch nicht gerichtsablehnende Einreden sind von der Art, daß gerade durch den Mangel, durch welchen sie veranlaßt worden sind, auch die Möglichkeit einer bestimmten Einlassung ausgeschlossen wird, — z. B. die exc. libelli obscuri; und in diesem Falle versteht es sich von selbst, daß dem Beklagten keine Verbindlichkeit — auch nur zu einer eventuellen Einlassung obliegen könne.

3) Außerdem legt man auch nach canonischem Rechte
c. 2. u. 4. X. 2. 10.
der exceptio spolii die Wirkung bei, daß sie von der Verbindlichkeit zur Einlassung befreien soll, wenn sie nur binnen 15 Tagen bewiesen wird.
c. 1. in 6. 2. 5.

Da jedoch der J. R. A. §. 40. diese Wirkung allen verzögerlichen Einreden mit einziger Ausnahme der gerichtsablehnenden abspricht, so dürfte dieser Satz jetzt kaum mehr zu rechtfertigen seyn. Auf jeden Fall ist es ein Mißbrauch, wenn die Praxis die Vorschrift in Ansehung der 15tägigen Frist so versteht, als wenn der Richter erst auf den Beweis der Spoliation erkennen, und diese Frist dabei festsetzen dürfte.

S. Gensler Comment. 1. S. 275.

Ist übrigens zwar von diesen Ausnahmsfällen keiner vorhanden, der Beklagte weiß aber gewiß, daß seine dilatorische Einrede nicht werde beseitiget werden können,

so kann er ebenfalls ohne Gefahr die eventuelle Haupthandlung unterlassen.

Vergl. R. A. 1600 §. 117. J. R. A. §. 40. v. Grolman §. 171 a. E.

IV. Was die Art des Vortrages dieser Einreden betrifft, so ist es zwar Regel, daß auch hier die thatsächlichen Verhältnisse ausdrücklich angeführt werden müssen, worauf sie beruhen. Allein bei einigen genügt es schon, wenn sie auch nur ganz kurz mit ihrem herkömmlichen Namen allegirt werden.

B. Rechtliche Gegendeduction.

§. 179.

Diese Art von Vertheidigung besteht darin, daß der Beklagte, — ohne dabei neue thatsächliche Behauptungen zu Hülfe zu nehmen, — zu zeigen sucht, daß der Anspruch des Klägers, selbst wenn das geschichtliche Fundament der Klage wahr wäre, doch nach den bestehenden Gesetzen zur gerichtlichen Verfolgung nicht geeignet sey; — m. a. W. daß der Klage der Rechtsgrund fehle. Die Gegendeduction ist also gewissermaßen in Beziehung auf den Rechtsgrund, was die negative Einlassung in Beziehung auf den geschichtlichen Grund der Klage ist. Von der peremtorischen Einrede unterscheidet sie sich aber dadurch, daß sie keine neue thatsächliche Behauptung zur Stütze, sondern bloß die rechtswissenschaftliche Nachweisung zum Thema hat, daß unter den von dem Kläger angeführten Umständen entweder gar keine gerichtliche Klage gestellt, oder doch wenigstens nicht in der von dem Kläger prätendirten Ausdehnung erhoben werden könne.

Die Frage, ob diese Art von Vertheidigung in einem bestimmten einzelnen Falle anwendbar sey oder nicht, ist lediglich nach civilrechtlichen, nicht nach processualischen Grundsätzen zu beurtheilen. Denn die Proceßlehre bestimmt nur die Formen, nach welchen ein klagbarer Anspruch zu verfolgen, oder ein nicht klagbarer vor Gericht zurückzuweisen sey. Ob aber ein bestimmter Anspruch in diese oder in jene Kategorie gehöre, darüber ist im Civilrechte Aufschluß zu suchen.

In formeller Beziehung ist nur hiebei zu bemerken, daß die rechtliche Gegendeduction an keine bestimmte Frist gebunden ist, wie Einlassung und Einreden; ja daß selbst die gänzliche Unterlassung derselben dem Beklagten in der Regel keinen Nachtheil bringt, weil hinsichtlich der rechtlichen Beurtheilung des streitigen Verhältnisses der Richter von den Parteivorträgen nicht abhängt, sondern das Fehlende zu ergänzen, und das irrthümlich Vorgebrachte zu berichtigen von Amtswegen schon berechtiget, und sogar verpflichtet ist.

S. oben S. 35.

C. *Litis contestatio*, Streiteinlassung oder Kriegsbefestigung.

Begriff.

§. 180.

Dem Grundgedanken zufolge, auf welchem die litis contestatio oder die Streiteinlassung beruht, ist diese nichts anderes, als die Offenbarung des Entschlusses der Parteien, es in ihrer Rechtsangelegenheit auf ein gerichtliches Streitverfahren und auf ein richterliches Urtheil ankommen zu lassen. Diesen Grundbegriff haben die

gesetzlichen Quellen des gemeinen Proceßrechtes zu allen Zeiten festgehalten. Aber freilich die Form, in welcher jener Entschluß an den Tag gelegt, sowie auch der Zeitpunkt, in welchem die darauf Bezug habende Erklärung wirklich abgegeben, oder als abgegeben angenommen wurde, war nicht in allen Fällen und zu allen Zeiten dieselbe.

Wenn man hiebei

I. das ältere Röm. Recht in das Auge faßt, so zeigt sich in dieser Hinsicht ein Unterschied zwischen dem ordinarium judicium und der extraordinaria cognitio. In dem ordinarium judicium erfolgte, — was den Zeitpunkt betrifft, — die litis contestatio erst nach dem Schlusse der Verhandlungen in jure, also erst dann, wenn die Parteien ihre Rechts- und Vertheidigungsmittel (actio, exceptio, replicatio, duplicatio) kurz vorgetragen, und dadurch die Obrigkeit in den Stand gesetzt hatten, die Hauptstreitpunkte, auf deren Untersuchung es ankam, in der dem judex zu ertheilenden formula zu fixiren. Die litis contestatio erfolgte daher unmittelbar vor dem Uebergange der Sache aus dem jus in das judicium, und zwar noch vor der Obrigkeit. Der letzte Punkt war zwar früherhin bestritten, indem Einige den Act der Litiscontestation an die Spitze der Verhandlungen vor dem judex gestellt wissen wollten. Allein durch neuere Untersuchungen ist die Unrichtigkeit dieser Ansicht außer Zweifel gesetzt.

Vgl. v. Savigny, System VI. S. 13 flg.

Wenn aber auch der Zeitpunkt der litis contestatio in dem ordin. judiciis stets derselbe blieb, so verhielt sich doch die Sache anders mit der Form dieses Actes. So lange nämlich über die Verhandlungen in jure keine schriftliche Aufzeichnung stattfand, riefen die streitenden

Theile die Umstehenden als Zeugen darüber auf, daß und worüber es zwischen ihnen zu einem gerichtlichen Streite (einem judicium, einer lis) gekommen sey, um sich, — wenn etwa in der Folge Zweifel darüber entstehen sollte, auf sie berufen zu können. Von dieser ursprünglichen Form hat auch die Handlung den Namen „litis *contestatio*" erhalten, welcher übrigens auch späterhin noch beibehalten wurde, und bis auf den heutigen Tag in Uebung geblieben ist.

Festus, sub voc. „*Contestari*".

Seitdem aber die formula für den judex schriftlich abgefaßt wurde, unterblieb die Aufrufung von Zeugen, weil der Zweck derselben durch jene Urkunde noch sicherer erreicht wurde; und wahrscheinlich fand auch nach der Ertheilung der formula keine ausdrückliche Erklärung der Parteien mehr statt, weil über ihre Streitabsicht doch kein Zweifel mehr entstehen konnte, wenn sie es einmal auf eine ordinatio judicii hatten ankommen lassen. Weil jedoch die litis contestatio in ihrer bisherigen Stellung der Eröffnung der Verhandlungen in judicio unmittelbar vorausging, so wird in einem Rescripte der Kaiser Sever und Antonin bemerkt:

„Lis tunc contestata *videtur,* cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit."

c. un. C. 3. 9.

Wenn und wie die litis contestatio anfänglich in den extraordinariis judiciis vollzogen wurde, in welchen keine Bestellung eines judex stattfand, sondern die ganze Verhandlung der Sache bis zum Ende vor der Obrigkeit selbst blieb, läßt sich zwar mit voller Bestimmtheit nicht nachweisen. Denn die c. un. C. 3. 9., welche v. Savigny (Syst. VI. S. 16 flg.) auf die extraord. judic. bezieht, scheint doch sowohl ihrem Alter, als ihrem In-

halte nach von der litis contestatio im ordentlichen Verfahren zu sprechen; und Fr. 33. D. 44. 7., sowie Fr. 20. §. 6. 7 und 11. D. 5. 3. können auch nicht mit voller Sicherheit für die aufgestellte Frage benützt werden. Jedenfalls wird man aber nach Wortsinn und Grundbegriff annehmen müssen, daß die litis contestatio auch in dem extraord. judicium erst dann als geschehen betrachtet wurde, wenn sich der Beklagte dem Anspruche des Klägers in der Hauptsache widersetzt hatte. Für das Justinianische Recht ist dieser Satz außer Zweifel gestellt durch

c. 14. §. 1. C. 3. 1.,

wo gesagt wird:

„Lis est contestata post narrationem propositam et *contradictionem* objectam."

Vgl. c. 2. C. 2. 59.,

wo anstatt „contradictionem" steht „responsionem", aber dem Zusammenhange nach als gleichbedeutender Ausdruck.

Da nun zur Zeit Justinians alle judicia extraordinaria im Sinne des älteren Rechts geworden waren, so kann man den Begriff der litis contestatio nach dem neuen Röm. Rechte allgemein in der Art bestimmen, daß man sie als den Ausdruck der gerichtlichen Opposition des Beklagten gegen die Ansprüche des Klägers bezeichnet.

Eine detaillirte Feststellung aller einzelnen Streitpunkte, auf welche es in dem einzelnen Falle ankam, — wie eine solche in den älteren ordinariis judiciis wenigstens in vielen Fällen den Gegenstand der litis contestatio bilden konnte, involvirte aber jetzt die litis contestatio gewiß nicht mehr, weil ja nach der „contradictio objecta" noch replicationes und duplicationes vorkommen

konnten, und weil selbst das Vorbringen specieller Defensionsgründe nicht auf den Termin der ersten Antwort auf die Klage beschränkt war.

Ueber die Form der litis contestatio im alten Röm. Recht siehe: M. S. Mayer, die Litiscontestation geschichtlich dargestellt, I. Abth. Stuttgart 1830; und darüber: Rudorff in der Zeitschrift für gesch. R. W. VII. S. 231 flg. — Ueber die Bedeutung der L. C. zur Zeit des class. Röm. R. F. L. Keller über L. C. und Urtheil. Zürich 1827. S. 1—69; und darüber: A. Bethmann-Hollweg in der Tübinger krit. Zeitschrift für R. W. Bd. V. S. 73 flg. — v. Savigny, Syst. VI. S. 8 flg. — F. L. Keller, der Röm. Civilproceß II. §. 59 flg. — Endlich über die L. C. nach Justin. Rechte: Sintenis, Erl. I. S. 106 flg.

Fortsetzung.

§. 181.

II. Das canonische Recht hat im Wesentlichen an dem neurömischen Begriffe der lit. cont. nichts verändert. Denn in

c. un. X. 2. 5. und

c. 54. §. 3. X. 1. 6.

wird übereinstimmend mit dem Röm. Rechte (c. 2. C. 2. 59.) bemerkt:

Litis contestatio fit per petitionem in jure propositam et responsionem secutam.

Vgl. C. L. Goldschmidt über Litiscont. und Einreden. Frankf. 1812. S. 33 flg.

III. Auch die älteren deutschen Reichsgesetze folgten dem Röm. und canonischen Rechte, zum Theile mit ausdrücklicher Beziehung darauf, wie z. B. in der

C. G. O. v. 1507. I. §. 4.

Sie bezeichneten daher die L. C. als eine Bilateralhandlung,

C. G. O. 1500. XII. 2.

und sagten sowohl von dem Kläger,

C. G. O. 1523. III. §. 3.

als von dem Beklagten,

C. G. O. 1555. III. 13. §. 1.

daß er litem contestire.

Weil es jedoch hiebei hauptsächlich auf die Antwort des Beklagten ankam, indem nur dann wirklich ein Rechtsstreit entsteht, wenn sich der Beklagte dem Anspruche des Gegners widersetzt, so wurde in der Folge von der Mitthätigkeit des Klägers Umgang genommen, und die L. C. zunächst als eine Handlung des Beklagten bezeichnet.

H. Vulteji, tract. de judic. l. III. c. 1. nro. 61.
M. Albrecht, die Except. des gem. deut. Civilproc. München 1835. S. 140. not. 20.

Die Erklärung des Beklagten war jedoch keineswegs eine in das Detail der Klage eingehende Antwort, sondern bestand nur in einer allgemeinen, stereotyp gewordenen Formel, durch welche der Beklagte zu erkennen gab, daß er es in der Hauptsache auf einen gerichtlichen Streit ankommen lassen wolle. Diese Formel war sogar gesetzlich vorgeschrieben, und lautete so:

„In Sachen N. contra N. bin ich der Klag nicht geständig, und bitte mich von derselben mit Abtrag der Kosten und Schäden zu erledigen.“

C. G. O. 1555. III. 13. §. 4. Concept. III. 15. §. 4.

Vgl. schon *Guil. Durantis,* spec. lib. II. part. 2.

H. Vulteji, tract. l. c. nro. 80.

Die Ausmittlung und Feststellung der einzelnen thatsächlichen Behauptungen des Klägers, welche der Beklagte zugeben, oder welche er widersprechen wollte, geschah nicht durch die Litiscontestation, sondern durch die auf die Klageartikel abgegebenen responsiones des Beklagten, welche, sowie die peremtorischen Einreden, erst nach der Litiscontestation folgten.

Durch eine Vorschrift des J. R. A. ist jedoch die Ansicht veranlaßt worden, daß seit diesem Reichsgesetze mit der Litiscontestation ein anderer Begriff verbunden werden müsse. In dem §. 37 dieses Gesetzes ist nämlich verordnet, „daß der Beklagte in primo termino kurz, nervose und deutlich, auch unterschiedlich und klar, ob und worin das Factum anders, als vom Kläger vorgebracht, und wie es sich eigentlich verhalte, specifice und auf jeden Punkt mit all seinen Umständen anzeigen; wie auch, was er dabei dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmal bei Strafe der Präclusion einbringen soll."

Weil nun der hier vorgeschriebenen speciellen Erwiderung des Beklagten dieselbe Stelle in dem Verfahren angewiesen wurde, welche bisher die allgemeine Litiscontestation eingenommen hatte, und weil außerdem noch in dem §. 37 des J. R. A. das Wort „litis contestatio" gar nicht mehr vorkommt, obgleich hier der geeignetste Ort gewesen wäre, die Litiscontestation ausdrücklich zu berühren, wenn man sie anders noch als etwas Eigenes neben der speciellen Erwiderung fortbestehen lassen wollte; so wurde angenommen, daß nun diese

Erwiderung selbst an die Stelle der bisherigen L. C. getreten sey.

Die Vertheidiger dieser Auslegung des J. R. A. theilen sich aber wieder in zwei Classen. Einige beschränken nämlich

A. den modernen Begriff der L. C. bloß auf die Beantwortung, d. h. auf das specielle Bejahen oder Verneinen der von dem Kläger aufgestellten thatsächlichen Behauptungen allein, schließen also die peremtorischen Einreden, sowie die etwaigen rechtlichen Gegendeductionen gänzlich von dem Begriffe der L. C. aus; — und diese Ansicht kann man als diejenige bezeichnen, welche in der Doctrin und in der Praxis die beinahe ausschließende Herrschaft gewonnen hat.

Anfänglich schwankte zwar noch die Doctrin über die nähere Bestimmung des Begriffes;

S. darüber Wächter, Erört. III. S. 78—81.

allein seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts findet man die obige Definition in allen gangbaren Lehrbüchern.

Andere hingegen fassen

B. das ganze von dem Beklagten vorgebrachte Vertheidigungsmaterial, also nicht bloß die Antwort auf die Geschichtserzählung, sondern auch die peremtorischen Einreden und rechtlichen Gegendeductionen als den Inhalt der L. C. auf.

Diese letztere Auffassung ist in der neuesten Zeit vorzüglich vertheidigt worden von

Wächter, Erört. III. S. 77. und
v. Savigny, Syst. VI. S. 46 unt.

Außerdem verdient noch bemerkt zu werden, daß ein neuerer Schriftsteller der L. C. seit dem J. R. A. alle Realität abspricht, und selbst geneigt ist, dem J. R. A.

die Absicht unterzulegen, den Begriff der L. C. gänzlich zu verwischen.

Sintenis, Erl. I. S. 138—140.

Fortsetzung.

§. 182.

Diese zuletzt berührte Ansicht erscheint jedoch nicht als haltbar, indem nicht nur der J. R. A. (wie Sintenis selbst anführt) im §. 110 noch ausdrücklich das Wort Litiscontestation gebraucht, sondern dieses Wort auch noch in späteren Reichsgesetzen vorkommt.

Aber auch der jetzt allgemein herrschende Begriff (s. vorigen Paragraph unter A.) kann weder nach dem J. R. A., noch nach der Natur der Sache gerechtfertigt werden. Denn, wenn auch der J. R. A. für die Handlungen, welche er dem Beklagten in §. 37 vorschreibt, im §. 40 den Ausdruck „Einlassung in der Hauptsache" gebraucht, und wenn man auch ferner annimmt, daß sich das Wort litis contestatio im §. 110 ebenfalls auf die in §. 37 bezeichneten Handlungen bezieht, so ist doch nicht zu übersehen, daß in dem §. 37 keineswegs bloß von der speciellen Beantwortung der klägerischen Geschichtserzählung allein die Rede ist, sondern auch von den peremtorischen Einreden und Vertheidigungsgründen. Die Beschränkung des Begriffes der L. C. bloß auf die Beantwortung des historischen Klagegrundes führt consequent zu dem ungereimten Resultate, daß selbst von einem Beklagten, der den geschichtlichen Grund der Klage unbedingt und in allen seinen Theilen zugestanden, und außerdem auch weder eine peremtorische Einrede vorge-

bracht, noch eine rechtliche Gegendeduction versucht hat, — kurz, daß auch von einem confessus in jure gesagt werden müßte, er habe *litem* contestirt, er habe dem Kläger den Krieg erklärt, während er doch in allen Beziehungen nachgegeben hat.

Diesen Einwürfen ist allerdings die im vorigen Paragraph unter B. angeführte Darstellung nicht ausgesetzt.

Daß aber der J. R. A. die generelle Erklärung der Streitabsicht des Beklagten verworfen habe, — und daß er diese Erklärung nicht mehr Litiscontestation genannt wissen wolle, läßt sich aus dem Gesetze doch auch nicht nachweisen, um so weniger, als die Intention desselben in den §. 34 und 37 zunächst nicht auf eine Veränderung des früheren Begriffes der L. C., sondern hauptsächlich nur darauf gerichtet war, das schleppende articulirte Verfahren aufzuheben.

Der historische Zusammenhang des früheren, und des durch den J. R. A. eingeführten neuen Verfahrens scheint vielmehr folgender gewesen zu seyn:

Früherhin brauchte der Beklagte bloß überhaupt zu erklären, daß er sich den Ansprüchen des Klägers entgegensetze. Die speciellen Motive dieser Opposition war er vor der Hand nicht schuldig anzugeben. Diese folgten erst später entweder in den Responsionen auf die Klageartikel, oder in den vorgebrachten peremtorischen Einwendungen. Diese Motive wurden aber nicht Litiscontestation genannt, sondern diesen Namen führte nur die vorausgeschickte, nackte allgemeine Erklärung.

Der J. R. A. hat nun diese allgemeine Erklärung und die Anführung der speciellen Motive derselben allerdings in einen Termin zusammengedrängt; dadurch aber

keineswegs noch jene allgemeine Erklärung direct ausgestoßen.

Nur ist freilich die ausdrückliche Erklärung, streiten zu wollen, jetzt nicht mehr wesentlich nothwendig, weil sich diese Intention schon aus den vorgebrachten speciellen Gründen (Negation, Einrede oder rechtliche Gegendeduction) von selbst ergibt.

Dieser Auffassung zufolge ist die Litiscontestation auch jetzt noch, was sie von jeher war — nämlich die gerichtliche Erklärung des Beklagten, es in der Hauptsache auf einen Rechtsstreit ankommen lassen zu wollen.

Nur darf

a) diese Erklärung nicht mehr, wie ehedem, ganz allgemein hingestellt, sondern es müssen zugleich die speciellen Motive (Negation, peremtorische Einrede, rechtliche Gegendeduction) damit verbunden werden. —

Ja die Anführung solcher specieller Einwendungen macht

b) die Unterlassung des generellen Widerspruches unschädlich, weil die Streitabsicht durch die vorgebrachten Einwendungen schon ausgedrückt wird (stillschweigende Litiscontestation).

Inhalt der Litiscontestation.

§. 183.

Wenn man den im vorigen Paragraph zwar als unrichtig bezeichneten, aber doch allgemein recipirten und daher nicht zu umgehenden Begriff der L. C. festhält, so gelangt man zu folgenden Resultaten:

1) Die L. C. ist von den peremtorischen Einreden wesentlich verschieden. Diese beruhen immer auf einer neuen, selbständigen, thatsächlichen Behauptung, während sich die L. C. nur darauf beschränkt, die Behauptungen des Klägers entweder zu bejahen, oder zu verneinen. — Dem im vorigen Paragraph vertheidigten Begriffe zufolge findet zwar der so eben angeführte Unterschied ebenfalls statt zwischen der speciellen Beantwortung der Klagegeschichte und der peremtorischen Einrede. Aber weder diese noch jene ist eigentlich die Litiscontestation selbst, sondern beide sind nur Motive, welche den Beklagten zur L. C. bestimmen können.

2) Auch die Beantwortung einer von dem Kläger aufgestellten Behauptung ist nicht immer L. C. im gewöhnlichen Sinne; sondern nur dann ist sie es, wenn die Behauptung eine thatsächliche war. Widerspricht der Beklagte die Anwendbarkeit des von dem Kläger angeführten Rechtsgrundes, so wird dieser Widerspruch nicht L. C. genannt. — Nach der hier vertheidigten Ansicht erscheint die rechtliche Gegendeduction — wie die Negation und die Einrede — als ein Motiv der L. C.

3) Die Bejahung oder Verneinung eines Thatumstandes aber, der zum historischen Fundamente der angestellten Klage gehört, wird immer als ein Bestandtheil der L. C. betrachtet, — der Kläger möge nun diesen Umstand ausdrücklich angeführt haben oder nicht. — Nicht bloß das, was der Kläger zufällig wirklich behauptete, sondern was er zur vollständigen historischen Begründung seiner Klage hätte behaupten sollen, bildet den Gegenstand der L. C.

Martin, Lehrb. §. 154. not. k.

Arten der Litiscontestation.

§. 184.

Wenn man unter L. C. bloß die Antwort auf die geschichtlichen Behauptungen des Klägers versteht, so kann sie, wie jede Antwort,

I. entweder eine bejahende, oder eine verneinende, oder eine gemischte seyn, — insofern nämlich der Beklagte einige Behauptungen des Klägers zugibt, andere widerspricht.

Soll jedoch, ungeachtet einer vollständigen Bejahung des historischen Klagegrundes, doch ein Streit entstehen, also der Ausdruck „Streitbefestigung" in diesem Falle nicht als ungereimt erscheinen, so muß zu jener Bejahung immer noch etwas hinzugefügt werden, was, ungeachtet des Nachgebens auf einer Seite, den Streit auf einer anderen Seite begründet; d. h. um auch von einem vollständig bejahenden Gegner sagen zu können, daß er *litem* contestire, muß derselbe mit seinem Geständnisse eine Einrede, oder eine rechtliche Gegendeduction verbinden.

(Nach dem im §. 182 vertheidigten Begriffe der Litiscontestation kann es nur eine negative oder gemischte geben.)

Außerdem unterscheidet man noch

II. eine reine, unbedingte, und eine nur eventuelle, bedingte Litiscontestation. — Von der letzteren spricht man in dem Falle, wenn der Beklagte der Einlassung dilatorische Einreden vorausschickt, und dabei erklärt, daß er sich nur auf den Fall in der Hauptsache einlassen wolle, wenn jene Einreden beseitiget werden würden.

Endlich

III. setzt man der lit. cont. *vera,* — der von dem Beklagten wirklich vollzogenen Antwort, die l. c. *ficta* entgegen, welche im Falle des Ungehorsams des Beklagten bloß als geschehen angenommen (fingirt) wird.

Zweck der Litiscontestation, und Regeln, welche dabei zu beobachten sind.

§. 185.

Der allgemeine Zweck der Litiscontestation besteht darin, den wirklichen Eintritt eines gerichtlichen Rechtsstreites zur Gewißheit zu bringen, um hiernach die an diesen Moment geknüpften rechtlichen Folgen (s. §. 186) mit Sicherheit bemessen zu können. — Diejenigen aber, welche unter L. C. die Antwort des Beklagten auf den historischen Grund der Klage verstehen, legen ihr auch noch einen andern Zweck bei, nämlich die Ausmittlung des status causae et controversiae, d. h. derjenigen einzelnen Punkte, welche unter den Parteien wirklich streitig sind. —

Allein dieser Zweck kann durch die L. C. nur insofern erreicht werden, als der Richter durch sie erfährt, welche von den zur Begründung der Klage aufgestellten Behauptungen bestritten werden. Ein erschöpfender status causae et controversiae läßt sich im schriftlichen Verfahren jetzt schon, unmittelbar nach der Klage nur dann herstellen, wenn der Beklagte bloß den historischen Grund der Klage widersprochen, oder den Rechtsgrund derselben angefochten hat, ohne eine peremtorische Einrede vorzubringen. Hat er aber eine solche Einrede

vorgeschützt, so muß erst der Kläger darüber gehört werden, um zu erfahren, ob und inwiefern nicht auch diese ein Bestandtheil des status controversiae wird; und in gleicher Weise verhält es sich auch mit Repliken und Dupliken, welche in der Folge noch vorgebracht werden können. Ein umfassender status controversiae kann daher im schriftlichen Verfahren erst dann entworfen werden, wenn in dem zuletzt überreichten Vortrage kein neuer selbständiger Angriff mehr vorkommt. — Um übrigens den angeführten Zweck wenigstens in Beziehung auf die geschichtliche Grundlage der Klage vollkommen zu erreichen, ist es dem Beklagten zur Pflicht gemacht, bei der Beantwortung der Geschichtserzählung folgende Regeln zu beobachten:

I. Die Antwort soll speciell geschehen, d. h. der Beklagte soll jeden einzelnen, wesentlichen Thatumstand besonders hervorheben, und denselben entweder bejahen oder verneinen. (Denn die im §. 37 des J. R. A. vorgeschriebene Antwort ist an die Stelle der ehemals üblichen Responsionen auf die Klageartikel getreten.) — Nur eine ungemischt bejahende Antwort läßt man auch in einer generellen Formel zu.

II. Die Antwort soll kategorisch seyn, d. h. der Beklagte hat sich bestimmt zu erklären, ob eine Behauptung des Klägers wahr oder unwahr sey. — Die Erklärung des Nichtwissens oder Nichtglaubens vertritt jedoch die Stelle eines bestimmten Verneinens.

III. Die Antwort soll ausdrücklich und direct auf die Behauptung des Klägers selbst gerichtet werden, und nicht etwa in der Art geschehen, daß der Beklagte andere Umstände vorbringt, aus welchen man erst durch eine Schlußfolgerung das Resultat gewinnen könnte, daß

die Behauptung des Klägers als zugegeben, oder als widersprochen anzunehmen sey.

Vgl. über diese Erfordernisse den J. R. A. §. 37.

Insofern man übrigens jetzt der Litiscontestation auch den Zweck beilegt, die Streitpunkte hinsichtlich des geschichtlichen Theiles der Klage zur Kenntniß des Richters zu bringen, ist dieselbe als ein wesentlicher, nothwendiger Bestandtheil der Erwiderung des Beklagten in der Hauptsache zu betrachten, weil der Richter, ohne die Streitpunkte zu kennen, nicht im Stande wäre ein angemessenes Urtheil zu erlassen. Deßhalb wird auch bei fortgesetztem Ungehorsame des Beklagten fingirt, daß derselbe eine bestimmte Antwort gegeben habe.

Wirkungen der Litiscontestation.

§. 186.

Hinsichtlich der Wirkungen der Litiscontestation ist zu unterscheiden zwischen dem älteren Röm. Rechte, dem Justinianischen und dem jetzt geltenden:

A. Nach älterem Röm. Rechte wurde der litis contestatio eine contractähnliche Natur beigelegt,

Gaj. III. §. 180.

„incipit reus *teneri* litis contestatione".

Fr. 3. §. 11. D. 15. 1. (Ulp.)

„judicio *contrahitur*".

Fr. 22. D. 27. 3.

kraft welcher sich die streitenden Theile durch diesen Act obligirten, Dasjenige als Recht unter sich gelten zu lassen, was der judex in ihrer Streitsache im Urtheile aussprechen würde; der Beklagte aber insbesondere verpflichtet

wurde, im Falle seiner Verurtheilung dem Kläger alles Das zu leisten, was dieser erhalten haben würde, wenn die Verurtheilung schon am Anfange des Processes hätte erfolgen können.

Fr. 40. pr. D. 5. 3.

Fr. 17. §. 1. Fr. 20. D. 6. 1.

Fr. 31. pr. D. 12. 1.

Fr. 35. Fr. 75. D. 50. 16.

Dieser Quasicontract begründete eine Art von Novation (von den Neueren novatio necessaria genannt),

Fragm. Vatic. §. 263.

Fr. 11. §. 1. D. 46. 2.

c. 2. C. 4. 10.

welche indessen freilich mit der gewöhnlichen novatio durch Stipulation (novatio voluntaria) nicht in allen Punkten übereinstimmte.

Fr. 29. D. 46. 2.

Vgl. Fr. 86 u. 87. D. 50. 17.

Vgl. darüber insbes. Keller, über L. C. u. Urtheil. S. 82 flg.

v. Savigny, Syst. VI. S. 24 flg.

Aus dieser Auffassung der litis contestatio, als einer contractähnlichen und zugleich novirenden Handlung der Parteien, erklären sich auch die einzelnen Wirkungen, welche im älteren Rechte der litis contestatio beigelegt wurden.

Mit dem Gesichtspunkte der Novation hing es nämlich zusammen, daß nach der litis contestatio die vor dem Anfange des Processes vorhanden gewesene obligatio als erloschen betrachtet, und eine andere, nämlich eben die durch den Quasicontract der litis contestatio selbst begründete, als an deren Stelle gesetzt angenommen wurde. — Indessen war doch diese Ansicht nur auf den Fall

beschränkt, wenn in legitimo judicio mit einer formula in jus concepta in personam geklagt worden war. In allen übrigen Fällen dauerte zwar ipso jure das frühere Rechtsverhältniß noch fort; wenn jedoch der Kläger dieselbe Klage neuerdings anstellte, so konnte ihr die exceptio rei in judicium deductae entgegengesetzt werden.

Gaj. III. §. 180. 181. IV. §. 106—108.

Hierauf beruht die von den neueren Rechtshistorikern s. g. consumirende Wirkung der altrömischen litis contestatio.

Vgl. darüber die oben S. 457 flg. angeführten Schriftsteller.

Mit der contractähnlichen Natur der litis contest. hängen aber nach älterem Röm. Rechte folgende Wirkungen zusammen:

1) Die active sowohl als passive Vererblichkeit auch solcher Klagen, welche sonst ihrer Beschaffenheit nach nicht auf die Erben übergehen würden.

Fr. 8. §. 1. D. 27. 7.

Fr. 26 u. 58. D. 44. 7.

Fr. 139 u. 164. D. 50. 17.

2) Die Haftung Desjenigen, welcher sich auf eine dingliche Klage einläßt, als wenn er Besitzer der in Anspruch genommenen Sache wäre, obgleich er weiß, daß er sie nicht besitzt (qui liti se obtulit), gleich dem wirklichen Besitzer.

Fr. 45. D. 5. 3.

Fr. 25. 27. §. 1. D. 6. 1.

3) Das s. g. dominium litis der Stellvertreter einer Partei.

S. oben S. 352 flg.

Vielleicht hing

4) auch die Unabtretbarkeit der Klage nach der litis contestatio mit jenem Gesichtspunkte zusammen.

c. 2 u. 4. C. 8. 37.

Außerdem gehören nach dem älteren Rechte auch noch hieher — die Unterbrechung der Klageverjährung und der longi temporis praescriptio, die Unveräußerlichkeit des Streitobjects, — und die Haftung für omnis causa.

S. oben §. 174.

Fortsetzung.

§. 187.

B. Im Justinianischen Rechte kommen zwar allerdings noch einzelne Spuren der Anerkennung der contractähnlichen Natur der l. c. vor;

Fr. 3. §. 11. D. 15. 1.

Fr. 22. D. 27. 3.

auch fehlt es nicht an einer Stelle, welche der l. c. eine novirende Kraft beilegt;

Fr. 20. D. 46. 2.

allein von einer Consumtion des Klagerechts ipso jure konnte jetzt begreiflich in keinem Falle mehr die Rede seyn, weil die Voraussetzungen, unter welchen sie allein eintrat, nicht mehr vorkommen konnten; und selbst die exceptio rei in judicium deductae wird im Justinianischen Rechte nicht mehr besonders hervorgehoben; obgleich nicht anzunehmen ist, daß sie in dem neuen Röm. Rechte alle Bedeutung verloren habe.

Was aber die übrigen altrömischen Wirkungen der l. c. betrifft, so sind mehrere derselben theils schon vor

Justinian, theils durch ihn selbst auf den Zeitpunkt der controversia mota — der Mittheilung der Klage an den Beklagten zurückverlegt worden (s. §. 174). Nur die in dem vorhergehenden §. 186 von Nr. 1—4 bezeichneten werden auch im Justinianischen Rechte noch der l. c. beigelegt.

Fortsetzung.

§. 188.

C. Nach dem heutigen Rechte werden zwei von den Wirkungen, welche auch noch im Justinianischen Rechte mit der l. c. verbunden geblieben waren, — nämlich das s. g. dominium litis der Procuratoren, und die Unabtretbarkeit der Klage von manchen, selbst nicht bloß praktischen Schriftstellern überhaupt als erloschen betrachtet.

S. über das domin. lit. oben S. 359 flg., und über die Unabtretbarkeit der Klage: Zimmermann im Arch. für civ. Praxis. Bd. XXXV. Heft 3. S. 431., und Bd. XXXVI. Heft 1. S. 49 flg., besonders S. 65.

Es bleiben daher als eigenthümliche Wirkungen der Litiscontestation nur noch übrig — die Vererblichkeit der Klagen, und die Haftung des fictus possessor. Denn die übrigen altrömischen Folgen der l. c. werden heutzutage um so mehr schon als Wirkungen der Insinuation der Klage angesehen, als dieses schon nach Justinianischem Rechte der Fall war (s. oben §. 174). Ja einige der neuesten Schriftsteller wollen selbst die Wirkungen, welche auch im Justinianischen Rechte noch ausdrücklich der l. c. zugeschrieben werden (mit Ausnahme der Haftung

des fictus possessor), nach dem jetzt geltenden Rechte auf den Zeitpunkt der Mittheilung der Klage zurückstellen, so daß dieser Zeitpunkt im heutigen Processe in allen hier in Frage stehenden Beziehungen an die Stelle des Momentes der L. C. treten würde.

v. Savigny; Syst. VI. S. 243 flg., besonders in Bezug auf die Vererblichkeit der Klagen S. 248. Nr. 4 flg.

Arndts, Lehrb. I. S. 147. not. 5.

Diese Ansicht ist jedoch nicht ohne erhebliche Bedenken. Wenn man der — freilich jetzt allgemein recipirten — Ansicht huldigt, daß die moderne L. C. nur in der nackten, bejahenden oder verneinenden Beantwortung des historischen Klagegrundes besteht, so muß zwar zugegeben werden, daß zwischen diesem Begriffe und jenen Wirkungen kein innerer juristischer Zusammenhang mehr existirt. Allein, wenn nur ein solcher innerer Zusammenhang dazu berechtigen würde, jene Wirkungen einem bestimmten einzelnen Proceßacte beizulegen, so dürften diese Wirkungen auch der Insinuation der Klage nicht beigelegt werden, weil der Begriff dieser Handlung noch weniger damit zusammenhängt, als die Antwort auf die Geschichtserzählung, welche wenigstens in der negativen Form die Absicht ausdrückt, es auf einen gerichtlichen Proceß ankommen lassen zu wollen. Bloße Gründe der Zweckmäßigkeit dürften aber nicht hinreichen, um ausdrückliche Bestimmungen des Justinianischen Rechts, welche durch kein späteres Gesetz aufgehoben wurden, für unwirksam zu erklären; um so weniger als der Gerichtsgebrauch jene Bestimmungen bisher respectirt hat. Aus diesen Gründen scheint immer noch die Ansicht den Vorzug zu verdienen, daß jene Wirkungen, welche das Justinianische Recht noch ausdrücklich der litis contestatio

beigelegt hat, auch jetzt noch mit ihr zu verbinden, und nicht schon der Mittheilung der Klage zuzuschreiben seyen.

Wächter, Erört. III. S. 89 flg.

Vgl. Sintenis, Erläut. I. S. 145 flg.

D. Zerstörende Einreden.

(Peremtoriae exceptiones.)

Vorerinnerung.

§. 189.

In dem älteren Römischen Verfahren wurden zwar alle exceptiones, ohne Unterschied zwischen dilatoriis und peremtoriis processualisch auf gleiche Art behandelt, und in Folge dieser Behandlung konnte, wie bereits früher (S. 570) bemerkt wurde, eine dilatoria exceptio selbst die definitive Lossprechung des Beklagten bewirken. Da sich jedoch dieses Verhältniß schon vor Justinian verändert hatte, und da von der processualischen Stellung und Wirkung der dilatorischen Einreden im heutigen Processe schon oben gehandelt worden ist, so sind die folgenden Erörterungen zunächst nur auf peremtorische Exceptionen zu beziehen. Hinsichtlich der Begriffsbestimmung ist es übrigens nothwendig, die materielle Bedeutung dieser Exceptionen von der formellen zu trennen, und den gegenwärtig herrschenden Ansichten eine geschichtliche Entwickelung des Begriffes dieser Einreden vorausgehen zu lassen.

Materieller Begriff.

§. 190.

Jede Gesetzgebung, welche Privatrechte anerkennt und geschützt wissen will, muß zur Erreichung dieses Zweckes für jedes jener Rechte eine Regel aufstellen, welche die allgemeinen Bedingungen enthält, von deren Vorhandenseyn der wirkliche Schutz des Rechtes in concreto abhängt. Da es jedoch nicht möglich ist, alle besonderen Verhältnisse vorauszusehen, unter welchen jene Regeln irgend einmal zur Anwendung gebracht werden könnten, so ist nicht zu vermeiden, daß in der Folge zuweilen die Anwendung einer solchen Regel auf einen Fall verlangt wird, in welchem zwar die allgemeinen Bedingungen des zugesicherten Schutzes vorhanden sind, gleichwohl aber die wirkliche Realisirung desselben dem Rechtsgefühle widerstrebt. Je einfacher und roher der Inhalt der ursprünglich aufgestellten Regel ist, desto öfter wird sich bei der Anwendung derselben auf einzelne Fälle dieser Mißstand fühlbar machen. — Bei fortschreitender Cultur wird sich daher die Gesetzgebung genöthigt sehen, in gewissen Fällen oder unter gewissen Voraussetzungen der aufgestellten Regel ihre Wirksamkeit zu entziehen, und Demjenigen, gegen welchen sie in solchen Fällen angerufen wird, Schutz zu gewähren; mit andern Worten, die Gesetzgebung wird sich genöthigt sehen, von der ursprünglich aufgestellten allgemeinen Regel zu Gunsten des Angegriffenen in gewissen einzelnen Fällen eine Ausnahme zu gestatten, ohne um deßwillen die Regel selbst als solche umzustoßen. Auf diesem Gedanken beruht im Allgemeinen die Vertheidigung durch Exceptionen.

Auch dem Röm. Rechte liegt dieser Gedanke zum Grunde. Denn, wenn Gajus (IV. §. 116) diese Schutzmittel durch die Angabe des Falles, in welchem sie anwendbar sind, in der Art charakterisirt, daß er bemerkt: „Soepe accidit, ut quis *jure civili* teneatur, sed *iniquum* sit, eum judicio condemnari," und wenn man zugleich die zur Erläuterung dieser Bemerkung beigefügten Beispiele damit zusammenhält: so stimmt diese Auffassung mit der eben gegebenen Darstellung im Wesentlichen vollkommen überein.

Dieser materielle Begriff der exceptio hat sich auch im Röm. Rechte nie verändert, und wir finden die von Gajus gegebene Beschreibung beinahe unverändert auch in den Institutionen Justinians wieder.

pr. J. 4. 13. (De except.)

Die im Laufe der Zeit nothwendig werdenden Ausnahmen von den ursprünglich aufgestellten Regeln sollten nun freilich nach den modernen Vorstellungen über die Entstehung des positiven Rechtes immer von der Gesetzgebung selbst statuirt werden, und zuweilen ist Dieses auch im älteren Röm. Rechte schon wirklich geschehen (lex Cincia, l. Plaetoria, Sct. Vellej. Macedon.). Allein nach der älteren Röm. Verfassung war die Befugniß, solche Ausnahmen zu statuiren, und dadurch die allgemeinen Rechtsregeln mit den Anforderungen der fortschreitenden Rechtsbildung und mit den Eigenthümlichkeiten einzelner Fälle in Einklang zu bringen, vorzugsweise den Prätoren überlassen, als denjenigen Obrigkeiten, welchen überhaupt die jurisdictio zustand. Hierauf beruht die römische Eintheilung der exceptiones in solche, „quae ex *legibus* vel ex his, quae *legis vicem* obtinent, substantiam capiunt, — vel ex *jurisdictione* Praetoris proditae sunt."

Gaj. l. c. §. 118.

Die prätorischen Exceptionen bilden im Römischen Rechte die weit überwiegende Mehrzahl, so zwar, daß in neuerer Zeit selbst die Ansicht vertheidigt werden konnte, ursprünglich seyen alle exceptiones prätorischen Ursprungs gewesen.

Anfänglich wurden übrigens wahrscheinlich diese Schutzmittel nur in einzelnen Fällen ertheilt, in welchen sich der Prätor durch die Umstände dazu bewogen fand; späterhin aber wurden gewisse exceptiones, wegen ihrer allgemeinen Anwendbarkeit und Erheblichkeit, schon in dem Edicte voraus verheißen.

Gaj. IV. §. 118. pr.

Form der Geltendmachung einer exceptio.

§. 191.

Daß Exceptionen in dem materiellen Sinne des vorigen Paragraphen zu allen Zeiten des Röm. Rechts, — auch schon zur Zeit der legis actiones vorkommen konnten, ist ungeachtet der scheinbar widersprechenden Aeußerung von

Gaj. IV. §. 108.

nicht zu bezweifeln.

Vgl. darüber besonders: v. Helmolt, Verhältn. der Except. zur Beweislast. Gießen 1852. S. 17. flg.

Nur über die Form, in welcher diese Art von Vertheidigung zu jener Zeit geltend gemacht wurde, fehlen uns sichere Nachrichten.

S. darüber Keller a. a. O. I. S. 149.

v. Helmolt a. a. O. S. 7 flg.

Desto genauer und vollständiger ist uns aber die formelle Behandlung der exceptio zur Zeit des ausgebildeten Formularprocesses bekannt, und diese Behandlung verdient um so mehr beachtet zu werden, als damit nicht nur die technische Bezeichnung dieser Art von Vertheidigung, sondern auch die eigenthümliche Beschränkung des Römischen Begriffes der exceptio im Vergleich mit andern Arten der Defension auf das genaueste zusammenhängt. — Bekanntlich lautete die gewöhnliche Formel, welche der Prätor dem judex ertheilte, so: ***Si paret*** Numerium Negidium Aulo Agerio, z. B. Sestertium X millia ***dare oportere*** ... condemna; ***si non paret*** absolve. — Durch diese Formel war der judex — *auch ohne jeden weiteren Beisatz* — schon für zwei Fälle ermächtiget, den Beklagten zu absolviren; nämlich a) für den Fall, wenn der Kläger den Grund seiner intentio (z. B. die behauptete stipulatio) in judicio nicht zu beweisen vermöchte (denn auf diesen Fall gingen direct die Worte der Formel: „Si ***non paret*** absolve"); und b) auch für den Fall, wenn der Beklagte im Stande seyn würde, nachzuweisen, daß das Recht des Klägers, obgleich vielleicht früher begründet, doch späterhin wieder auf eine schon in den allgemeinen Regeln des Civilrechts begründete Art (z. B. durch solutio) aufgehoben worden sey. — Denn auch in diesem Falle konnte nach dem Ergebnisse des von dem Beklagten gelieferten Beweises gesagt werden, — die nicht auf die Vergangenheit, sondern auf die Gegenwart gestellte Voraussetzung der Formel „si ***non paret, dare oportere***" sey zugetroffen, indem ja der Beklagte, wenn er z. B. schon vor der Litiscontestation solvirt hatte, jetzt wirklich nicht mehr civiliter obligirt war.

Zur wirksamen Vertheidigung des Beklagten durch bloßes Läugnen des thatsächlichen Fundaments der klägerischen Intention, sowie durch die Behauptung einer civilrechtlichen Wiederaufhebung des klägerischen Rechtes, reichte daher die gewöhnliche Formel vollkommen aus. Wenn sich aber der Beklagte (sey es nun ausschließlich oder neben anderen Defensionsgründen) zu seiner Vertheidigung auf einen Umstand berief, von dem er selbst im Falle des noch fortdauernden Begründetseyns des klägerischen Rechtes einen Schutz gegen die Condemnation erwarten konnte, entweder weil ein besonderes Ausnahmsgesetz oder das prätorische Edict jenem Umstande diese schützende Kraft beigelegt hatte, oder weil wenigstens zu hoffen war, daß der Prätor in dem vorliegenden Falle billige Rücksicht darauf nehmen werde; — so mußte deßhalb noch eine eigene Clausel, — ein Vorbehalt ausdrücklich in die Formel aufgenommen werden, durch welchen die Ermächtigung des judex zum Absolviren auch auf den Fall erweitert wurde, wenn jener schützende Umstand bewiesen werden sollte. Denn ohne eine solche Ermächtigung würde der judex in Folge seines Subordinationsverhältnisses nicht berechtigt gewesen seyn, bei der Fällung seines Urtheils auf jenen Umstand Rücksicht zu nehmen.

Diese besondere Clausel in der Formel des Prätors wurde nun durch den Ausdruck „exceptio" bezeichnet; und die Benennung war auch vollkommen passend. Denn die Clausel enthielt eine noch speciellere Ausnahme von dem allgemeinen Condemnationsbefehle, als welche schon in dem „si non paret" enthalten war. Auch erklärt sich aus der angedeuteten Fassung der Formel, warum für die Art von Vertheidigung, welche das Recht des Klägers als an sich schon (ipso jure) erloschen erklärte, nie

der Ausdruck exceptio gebraucht wurde, indem diese Vertheidigung schon durch das „si non paret“ unterstützt war, also einer besonderen Clausel (exceptio) nicht mehr bedurfte.

Vergl. über das Ganze:

Puchta, Instit. II. S. 145 flg.

Keller a. a. O. I. S. 138 flg.

Die processualischen Eigenthümlichkeiten der exceptio im Vergleiche mit anderen Vertheidigungsgründen, insbesondere mit einer defensio, welche das Recht des Klägers als ipso jure vernichtet oder aufgehoben darstellte, traten demnach in folgenden Beziehungen hervor:

a) Die exceptio mußte von dem Beklagten ausdrücklich schon *in jure* postulirt werden, und zwar, in der Regel wenigstens, mit specieller Bezeichnung des Grundes, auf welchem sie beruhte. Die übrigen Defensionen der angedeuteten Art konnten aber auch noch in judicio geltend gemacht werden, wenn nur der Beklagte in jure überhaupt die intentio des Klägers widersprochen hatte.

b) Die exceptio mußte in der Regel speciell in die Formel aufgenommen werden. Nur bei den bonae fidei judiciis war die Aufnahme solcher Einwendungen, welche als doli exceptio hätten gefaßt werden können, nicht nothwendig, weil hier schon die allgemeine Condemnationsbedingung (ex fide bona) den judex ermächtigte, zu absolviren, sofern die Forderung des Klägers der bona fides nicht gemäß seyn würde. (Doli exceptio bonae fidei judiciis inest.)

Fr. 21. D. 24. 3.

Fr. 84. §. 5. D. De legat. I.

Fragm. Vat. §. 94.

Puchta, Instit. II. S. 152.

Bei den übrigen Defensionen war hingegen eine specielle Erwähnung in der Formel in jedem Falle überflüssig, weil sie schon unter die allgemeine Anweisung „si non paret ... absolve“ subsumirt werden konnten.

Fortsetzung.

§. 192.

Mit der Aufhebung des alten ordo judiciorum fiel der so eben angedeutete processualische Unterschied zwischen Exceptionen und Defensionen hinweg. Von einer Aufnahme der exceptio in die formula konnte ohnehin nicht mehr die Rede seyn, weil keine formula mehr ertheilt wurde. Aber auch die damit zusammenhängende Nothwendigkeit, die exceptiones schon in dem Einleitungsstadium des Processes speciell vorzuschützen, scheint wenigstens in dem Falle, wenn der Beklagte der Klage einen Widerspruch entgegensetzte, allmählich verschwunden zu seyn. Nur die dilatorischen exceptiones mußten noch in exordio litis vorgebracht werden.

c. 19. C. 4. 19.

c. 12. 13. C. 8. 36.

Die peremtorischen wurden aber bis zur sententia definitiva zugelassen.

c. 2. C. 7. 50.

c. 8. C. 8. 36.

Vgl. c. 4. C. ibid.

Wenn daher ungeachtet dieser Veränderung der Ausdruck exceptio auch jetzt noch in allen Gesetzen, und selbst in den Constitutionen Justinians vorkommt, so kann damit wohl kein anderer, als der allgemeine materielle

Begriff verbunden werden, demzufolge die exceptio jene Art der Vertheidigung bildet, bei welcher sich der Beklagte auf eine Ausnahme von der allgemeinen Regel beruft, welche der Kläger zur Begründung seines Condemnationsantrages angeführt hatte oder anführen konnte. Ja selbst dieser materielle Begriff ist nicht mehr durchgehends strenge in dem älteren Sinne festgehalten.

z. B. c. 30. C. 5. 12.

c. un. C. 7. 31.

Bloß als eine Folge der gesunkenen Kunstsprache dürfte diese Erscheinung kaum zu betrachten seyn, indem sich eine Ungenauigkeit in dem Gebrauche von Kunstworten erst dann einzustellen pflegt, wenn die Begriffe selbst an Schärfe zu verlieren angefangen haben.

Fortsetzung.

§. 193.

Die Glossatoren hatten zwar keineswegs die Absicht, an dem Röm. Begriffe der exceptio etwas zu ändern. Allein sie fanden in einzelnen Stellen der Justinianischen Sammlung die scharfe Gränzlinie zwischen exceptio und defensio schon so verwischt, daß man sich nicht darüber wundern kann, wenn man in der Glosse beiderlei Arten der Vertheidigung in dem allgemeinen Begriffe der exceptio vereiniget findet. — Nur in einer Eintheilung der Exceptionen wurde der Unterschied zwischen beiden wieder hervorgehoben, nämlich in der Eintheilung in exceptiones *juris* (oder actionis) und in exceptiones *facti* (oder intentionis). Den letzteren Ausdruck gebrauchten die Glossatoren für solche Einwendungen, kraft welcher der Beklagte behauptete, daß dem

Beklagten gar kein Klagerecht zustehe, — schon ipso jure nicht. Von einer exceptio juris sprachen sie aber in dem Falle, wenn der Beklagte zwar zugeben mußte, daß dem Kläger ipso jure eine actio zustehe, sich aber auf einen Umstand berief, durch welchen die actio ihre Wirksamkeit verlor.

Vergl. die Glosse zu
Fr. 2. pr. D. 44. 1.
Fr. 27. §. 7. D. 2. 14.
und besonders zu
Fr. 74. §. 2. D. 5. 1.
Auch in der Glosse zum canonischen Rechte kommt dieselbe Eintheilung in gleichem Sinne vor. Vgl. Gl. zu c. 1. in 6to De L. C. und zu Clem. un. De except.
Vergl. v. Helmolt, Verhältn. der Except. u. s. w. S. 298. II. flg.

Auch suchte man dieser Eintheilung dadurch eine praktische Bedeutung zu verschaffen, daß man den except. facti in processualischer Beziehung mancherlei Vorzüge vor den except. juris einräumte. — Da man sich jedoch über die Frage, welche Einreden der ersten oder der zweiten Classe von Exceptionen beizuzählen seyen, in der Doctrin nie vereinigen konnte, vielmehr die Ansichten hierüber immer in größere Verwirrung geriethen, so fand es die Gesetzgebung angemessener, beiderlei Arten der Vertheidigung in der processualischen Behandlung einander gleichzustellen, als sich auf eine genaue Gränzbestimmung zwischen except. juris und facti einzulassen.

Vgl. c. 1. in 6to De L. C.
(„exceptionis peremtoriae *seu defensionis* cujuslibet“).

C. G. O. von 1521 („von die peremtorie oder endtlich Einred, . . . Defension oder andere Behelf").

C. G. O. von 1523. III. §. 4. („peremtorias und endtlich Einred, oder sunst andere Defension").

M. Albrecht, die Except. u. s. w. §. 21 flg.

Diese Gleichstellung in der processualischen Behandlung hatte aber die Folge, daß man späterhin die Eintheilung der Einwendungen in except. juris und facti wenigstens im Sinne der Glossatoren (denn in einer anderen Bedeutung hat sich dieselbe allerdings auch noch in der neueren Doctrin hie und da erhalten) allmählich zurücktreten ließ, und nur noch die von den Glossatoren statuirte Generalisirung des Wortes exceptio festhielt, gemäß welcher dasselbe zur Bezeichnung aller Vertheidigungsmittel des Beklagten, — etwa mit Ausnahme des einfachen Läugnens — gebraucht werden konnte.

Daher findet man bei den späteren Schriftstellern neben der exceptio doli, metus, Scti Macedon. u. dgl. auch die exceptio *solutionis, novationis, nullitatis* u. s. w., welche doch im Röm. Rechte nie als exceptiones bezeichnet werden.

v. Helmolt a. a. O. S. 307 unt. und 308.

Ueber den gegenwärtigen Begriff der peremtorischen Einreden.

§. 194.

So verschieden auch, wie sich in den folgenden Paragraphen zeigen wird, die Ansichten darüber sind, was heutzutage unter peremtorischen Einreden zu verstehen sey, so müssen doch folgende Punkte von den Vertheidigern aller dieser verschiedenen Ansichten zugegeben werden:

1) daß weder im canonischen Rechte, noch in irgend einem deutschen Reichsgesetze eine eigenthümliche Legaldefinition der peremtorischen Exceptionen zu finden ist;

2) daß man gegenwärtig den Ausdruck exceptio in dem Falle nie mehr gebraucht, wenn sich der Beklagte bloß durch Negation solcher Thatsachen zu vertheidigen sucht, welche zur regelmäßigen Begründung der angestellten Klage erforderlich sind; — daß man aber

3) diesen Ausdruck in der Praxis keineswegs mehr auf den Fall beschränkt, wenn sich der Beklagte auf eine Ausnahmsbestimmung beruft, durch welche eine, der Regel nach begründete Klage unwirksam gemacht werden soll, sondern daß man auch dann von einer peremtorischen exceptio spricht, wenn der Beklagte behauptet, daß das vielleicht früherhin wirksam begründet gewesene Klagerecht später durch irgend einen Vorgang wieder aufgehoben worden sey, z. B. durch solutio, novatio, compensatio u. dgl.

Hält man aber die beiden letzten Punkte fest, so gelangt man zu folgender Begriffsbestimmung:

Eine peremtorische Einrede im Sinne des jetzt geltenden Rechts ist dann vorhanden, wenn der Beklagte entweder

1) behauptet, daß das Recht des Klägers, — wenn dasselbe auch früher existirt hätte — doch nachher wieder aufgehoben worden sey; — oder, wenn er sich

2) auf einen Thatumstand beruft, durch welchen die Wirksamkeit der im Allgemeinen begründeten Klage vermöge einer besonderen Ausnahmsbestimmung verhindert wird.

Ueber die Einreden der ersten Art kann nicht wohl ein Zweifel entstehen, weil die verschiedenen Aufhebungsarten der einzelnen klagbaren Rechte in den Civilgesetzen hinreichend genau bestimmt sind.

Schwieriger ist aber allerdings die Ausmittlung des Umfanges der zweiten Classe von Einreden, weil in den Gesetzen nicht immer scharf genug bestimmt ist, welche einzelnen thatsächlichen Momente zur allgemeinen, regelmäßigen Begründung einer Klage wesentlich erforderlich seyen, und daher in einem solchen Falle leicht eine Meinungsverschiedenheit darüber entstehen kann, ob eine Aeußerung des Beklagten nur als eine Negation, oder als eine exceptio zu betrachten sey. — Durch allgemeine Regel läßt sich jedoch diese Schwierigkeit nicht beseitigen, sondern in vorkommenden Zweifelsfällen dieser Art muß man gleichwohl mit Rücksicht auf die eigenthümliche Natur der angestellten Klage und mit Zuhülfenahme passender Analogien das Richtige zu finden suchen.

v. d. Pfordten in den Blättern für Rechtsanwendung, Jahrg. 1838. S. 17 flg. S. 33 flg., bes. S. 40. — Ferner S. 353 flg.

Jul. Knappe, Versuch einer Entwicklung des Begriffs der Except. München 1835.

Fortsetzung.

Abweichende Ansichten.

§. 195.

Die Verschiedenheit der Ansichten über den Begriff der peremtorischen Exceptionen ist hauptsächlich durch zweierlei Gründe veranlaßt worden, nämlich 1) durch den Umstand daß in keiner nach dem Römischen Rechte entstandenen gesetzlichen Quelle eine neuere Begriffsbestimmung für diese Art von Schutzmitteln zu finden ist; und 2) durch den genauen Zusammenhang, in welchem die Exceptionen mit der Beweislast stehen.

Der erste Umstand hat in der neuesten Zeit einige der angesehensten Rechtslehrer bewogen, den Römischen Begriff der exceptio auch noch für das jetzt geltende Recht festzuhalten.

Die Rücksicht auf die Beweislast hat aber dazu geführt, den Begriff der exceptio vorzugsweise nach den Grundsätzen über die Frage zu construiren, welche Behauptungen der Beklagte zu beweisen verpflichtet ist.

A. Für die Beibehaltung des Röm. Begriffes haben sich insbesondere erklärt:

Bethmann-Hollweg, Versuche S. 373.

v. Savigny, System V. S. 160. 166.

Puchta, Pand. §. 93.

Roßhirt in seiner Zeitschrift Bd. II. Heft 3. S. 341 flg.

Arndts, Lehrb. I. §. 101.

v. Helmolt, Verhältn. der Except. zur Beweislast. S. 315. Nr. 5. Vgl. S. 66.

Weil sie jedoch zugeben müssen, daß der Ausdruck exceptio gegenwärtig nicht bloß in der Praxis, sondern

auch in der Doctrin in einem viel weiteren Sinne gebraucht wird, so ist ihr Streben dahin gerichtet, diesen Sprachgebrauch wieder zu reinigen, und zwar in der Art, daß sie vorschlagen, die Ausdrücke „exceptio" und „Einrede" in der juristischen Kunstsprache zu trennen, und den ersteren nur zur Bezeichnung der Römischen exceptio, den letzteren aber zur Bezeichnung aller übrigen Vertheidigungsarten des Beklagten zu gebrauchen, welche die Römer unter dem Ausdrucke „defensio" zusammenzufassen pflegten.

v. Savigny a. a. O. S. 169.
v. Helmolt a. a. O. S. 315.

Für das System des Römischen Civilrechts ist dieser Wunsch, den Römischen Begriff der exceptio nicht durch eine fremdartige Beimischung trüben zu lassen, auch allerdings wohlbegründet.

Vgl. vorzüglich: Dr. K. Büchel, über die Verpfändung für nicht vollgültige Obligationen. Marburg 1836. S. 1—45.

Allein für den Vertrag des jetzt geltenden Proceßrechtes besteht nicht nur kein Bedürfniß, eine solche Ausscheidung aufzunehmen, sondern eine doctrinelle Absonderung der exceptiones von den Einreden könnte leicht zu dem Gedanken führen, daß auch in der processualischen Behandlung dieser beiden Vertheidigungsarten ein Unterschied stattfinde, während sie doch gegenwärtig in dieser Beziehung einander vollkommen gleichgestellt sind.

Diese formelle Gleichstellung wird auch von einigen der oben angeführten Schriftsteller ausdrücklich zugegeben.

v. Savigny a. a. O. S. 184 flg.
Puchta a. a. O. S. 134. not. b., und besonders desselben Institut. II. S. 247.

Nur v. Helmolt bestreitet eine solche formelle Gleichstellung auch noch in Beziehung auf das heutige Verfahren.

Das Argument, welches dieser Bestreitung zu Grunde gelegt wird, ist im Wesentlichen folgendes:

Nach dem älteren Röm. Rechte habe sich der Kläger gegen eine eigentliche exceptio durch alle Schutzmittel vertheidigen können, durch Abläugnen, wieder durch exceptio (replicatio), und endlich auch durch eine Gegeneinrede, welche den eigenthümlichen Charakter einer wahren replicatio nicht an sich trug, und für welche der Verfasser zur Unterscheidung von einer wahren replicatio den Ausdruck „Replik" in Vorschlag bringt.

Die Vertheidigung des Klägers gegen eine Einrede (also gegen eine Einwendung, welche keine wahre exceptio war) sey aber mehr beschränkt gewesen. Denn gegen eine Einrede, welche die actio als später vernichtet darstellte, habe sich der Kläger nur durch Abläugnen, oder durch eine Replik oder replicatio, die sich auf die Entstehung, nicht auch durch eine solche, welche sich auf eine Aufhebung jener Einrede bezog, schützen können. Gegen eine Einrede aber, welche die Entstehung der actio betraf, sey nur Abläugnung allein (also weder eine Replik noch eine replicatio) zulässig gewesen.

Wenn daher der Kläger eine die Klage vernichtende Einrede in seiner Gegenerinnerung selbst wieder als aufgehoben darzustellen versucht hätte (z. B. die Behauptung einer früheren novatio durch die Behauptung einer späteren), so würde dieser Versuch ohne Erfolg geblieben seyn, weil eine ipso jure erloschene actio nicht wieder auferweckt werden konnte. Der Kläger habe daher in einem solchen Falle vielleicht eine neue actio anstellen, aber nicht die anfänglich angestellte in demselben judicium fortführen können.

Zur Rechtfertigung dieser Darstellung beruft sich der Verfasser vorzugsweise auf

Fr. 27. §. 1. D. 2. 14. und auf

Fr. 1. §. 7. D. 4. 3.

Im Justinianischen Rechte (fährt derselbe fort) sey nun zwar dieser processualische Unterschied zwischen exceptio und Einrede nicht mehr sichtbar hervorgetreten, weil nach §. 35. J. 4. 6. die actio auch manente eodem judicio habe abgeändert werden dürfen. Allein durch die deutschen Reichsgesetze, insbesondere durch §§. 34 und 37 des J. R. A., sey dieser Unterschied wieder zur Geltung gekommen, und bestehe demnach auch gegenwärtig noch; — d. h. wenn der Kläger einer die Klage als nichtig oder vernichtet darstellenden Einwendung des Beklagten eine Gegeneinwendung opponire, welche jene Einwendung selbst als später wieder aufgehoben darstelle, so liege darin ein Klageänderung. Es müsse daher die erste Klage angebrachter Maßen abgewiesen werden, und der Kläger könne sich etwa nur durch Anstellung einer neuen Klage zu helfen suchen.

v. Helmolt a. a. O. S. 210—215. Vgl. S. 161 flg. S. 280 und S. 316 Nr. 7.

Daß dieser Versuch, das Fortbestehen des processualischen Unterschiedes zwischen der Röm. exceptio und der bloßen defensio auch im heutigen Rechte nachzuweisen, andere Versuche ähnlicher Art an Scharfsinn und Gehalt übertrifft, ist nicht zu läugnen. Denn es kann nicht widersprochen werden, daß ein ipso jure vernichtetes Klagerecht in der Regel dadurch nicht wiederhergestellt werden kann, daß etwa durch eine spätere Uebereinkunft der Betheiligten dem vernichtenden Acte die bereits geäußerte Wirkung entzogen werden will. Durch eine solche Uebereinkunft kann zwar ein mit dem

früheren Klagerechte materiell übereinstimmendes Recht aufs Neue geschaffen, aber nicht das bereits erloschene selbst wieder ins Leben gerufen werden.

Wenn sich daher der Kläger in seiner Replikserinnerung auf eine solche Uebereinkunft beruft, so enthält dieses Vorbringen genau genommen wirklich eine Klageänderung.

Daß aber eine solche Aenderung mit Beibehaltung des nämlichen Verfahrens nicht zugelassen werden soll, ist zwar in dem J. R. A. nicht mit directen Worten ausgesprochen; allein es folgt doch wenigstens mittelbar aus den Bestimmungen dieses Gesetzes über die auf präclusiven Fristen beruhende Gliederung des ersten Verfahrens.

Dessen ungeachtet steht auch dieser Darstellung manches Bedenken entgegen. Denn auch abgesehen davon, daß diese Verschiedenartigkeit in der processualischen Behandlung bloßer Einreden und eigentlicher exceptiones keineswegs bei allen Einreden, sondern nur bei einzelnen Arten derselben, und nur in gewissen, nur sehr selten vorkommenden Combinationen hervortritt, während in allen übrigen allgemeinen processualischen Beziehungen, z. B. in Ansehung der Zeit des Vorbringens, der Beweislast, der Nothwendigkeit der Vernehmung des Gegners, Einreden und Exceptionen jetzt einander vollkommen gleichstehen; — abgesehen ferner davon, daß nicht zu hoffen ist, daß sich die Praxis das künstliche System, auf welchem diese Unterscheidung beruht, und diese zur Durchführung desselben vorgeschlagene Terminologie aneignen werde, — da die Gränze zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit in vielen Verhältnissen sehr unsicher und schwankend ist; — kann selbst die Zweckmäßigkeit der praktischen Geltendmachung jenes Unterschiedes in solchen Fällen, in welchen er wirklich begründet ist, in

Zweifel gezogen werden. Denn wenn eine Replik zugleich eine Klageänderung enthält, so ist diese mit einer Klageänderung, welche mit den bisherigen Vertheidigungsmitteln gar nicht zusammenhängt, doch nicht auf gleiche Linie zu stellen. Die Verfügung auf eine veränderte Klage der letzteren Art kann aus formellen und materiellen Gründen nicht in der Fortsetzung des bisherigen Verfahrens bestehen, sondern hier muß der Streit von vorne begonnen werden. Bei einer Klageänderung der ersten Art hingegen ist die Continuation des bisherigen Verfahrens ohne Gefahr für den Beklagten, weil er alle Einwendungen, die ihm gegen den neuen in der Replik enthaltenen klägerischen Anspruch zu Gebote stehen, als Einwendungen gegen die Replik vorbringen kann. Würde man aber auch hier, wie in dem ersten Falle, das bisherige Verfahren abbrechen und dem Kläger die Eröffnung eines neuen Processes zur Pflicht machen, so bliebe diesem doch nichts anderes übrig, als die vorige Replik in der neuen Klage zu anticipiren, d. h. alles bereits Verhandelte zu wiederholen.

In processualischer Beziehung dürfte daher die bisher angenommene Gleichstellung der Exceptionen mit den Einreden noch nicht in dem Grade erschüttert seyn, daß man hinreichende Ursache hätte, dieselbe aufzugeben.

Uebrigens ist in Beziehung auf die Ansicht, daß der Römische Begriff der exceptio auch für das heutige Verfahren festzuhalten sey, noch zu bemerken, daß unter den Vertheidigern dieser Ansicht über den Röm. Begriff selbst keine vollständige Uebereinstimmung herrscht. Von mehreren neueren Schriftstellern wird die Röm. exceptio definirt als eine Vertheidigung des Beklagten, welche auf der Behauptung eines selbständigen Rechtes desselben beruht.

Bethmann-Hollweg, Verf. S. 373.
v. Savigny, Syst. V. S. 160.
Arndts, Lehrb. §. 101.

Allein gegen diese Definition ist selbst von dem Standpunkte des Röm. Rechtes mit Grund erinnert worden, daß sie nicht durchgehends zutreffe, und bald zu enge, bald zu weit sey.

Vgl. F. J. Bekker, die processſ. Consumtion. Berlin 1853. §. 8. S. 86. und bes. S. 93.
G. W. Wetzell, Syst. des ord. Civilproc. I. Abth. Leipzig 1854. S. 100. not 15. (Ein Werk, welches mir erst zugekommen ist, nachdem die ersten Lieferungen der gegenwärtigen Vorträge bereits gedruckt waren.)

Fortsetzung.

§. 196.

B. Was die Construirung des modernen Begriffes der Exceptionen mit ausschließender oder doch überwiegender Rücksicht auf die Beweislast des Beklagten betrifft, so ist dieselbe von mehreren neueren Proceßlehrern, am entschiedensten aber von

Heerwart im Archiv für civil. Praxis Bd. XIV. S. 226.

versucht worden. (Eine übersichtliche Classification dieser Versuche findet sich in der letzten Auflage der gegenwärtigen Vorträge S. 349 flg.)

Da jedoch die Beweislast nicht ein inneres Merkmal im Begriffe der exceptio, sondern nur eine Folge des Excipirens ist; und da es selbst vorkommen kann,

daß der Beklagte auch in dem Falle einer bloßen Abläugnung des Klagegrundes zur Beweisführung verpflichtet ist, so können auch diese Versuche nicht befriedigen.

Eine ganz eigenthümliche, rein formelle Auffassung des Röm. und des modernen Begriffes der exceptio findet sich in einem Aufsatze von

Dr. Otto Frhrn v. Voelderndorff in der Zeitschrift von Linde u. Marezoll. Neue Folge. Bd. XI. Heft 2. S. 290 flg.

Verschiedene Arten von Einreden.

§. 197.

Abgesehen von der Eintheilung der Exceptionen in dilatorische und peremtorische, sind noch folgende Unterscheidungen zu bemerken:

1) Exceptiones *rei* und exc. ***personae*** cohaerentes (dingliche und persönliche Einreden). — Unter den ersteren sind solche zu verstehen, welche mit dem der Klage zu Grunde liegenden Verhältniß dergestalt zusammenhängen, daß sie nicht nur von dem ursprünglich Verpflichteten gebraucht werden können, sondern auch von dessen Rechtsnachfolgern und Bürgen. Exc. personae cohaerentes werden aber diejenigen genannt, welche sich nur auf eine bestimmte Person beschränken.

Fr. 7. pr. u. §. 1. D. 44. 1.

Die dingliche Natur bildet die Regel;

§. ult. J. 4. 14.

persönliche Einreden kommen nur ausnahmsweise vor.

Fr. 7. pr. D. cit.

Fr. 24 u. 25. D. 42. 1.

Fr. 21. §. 5. Fr. 22—26. Fr. 32. D. 2. 14.
Fr. 3. pr. D. 21. 3.

Auch bezüglich der Verpflichtung des Klägers, sich eine Exception gefallen zu lassen, kommt eine ähnliche Unterscheidung vor, indem in der Regel eine exceptio gegen Jeden gebraucht werden kann, welcher den durch sie ausgeschlossenen Anspruch erhebt; zuweilen aber eine Einrede nur gewissen Klägern gegenüber zulässig ist.

Fr. 4. §. 27. 31. D. 44. 4.
Vgl. Fr. 4. §. 33. D. eod.
v. Savigny, Syst. V. S. 177.

2) Die schon von den Glossatoren herrührende Eintheilung der Einreden in except. juris und facti, sowie die Bedeutung, welche die Glossatoren dieser Eintheilung beilegten, ist schon oben angegeben worden.

Neuere Schriftsteller haben jedoch andere Begriffe damit verbunden. — Einige verstehen nämlich

a) unter except. juris solche Einreden, welche nur auf einem Rechtssatze, — unter exc. facti solche, welche nur auf einem thatsächlichen Verhältnisse beruhen.

Claproth, ord. Pr. II. S. 107. Nr. I.
Reinhardt, Handb. I. §. 129.

b) Gensler (Comment. zu Martin I. S. 165. lit. E.) bezeichnet aber als exc. juris diejenigen, welche aus der eigenen Geschichtserzählung des Klägers hergenommen werden können, so daß es nur noch einer Beziehung auf das Gesetz bedarf, um die Klage als unstatthaft darzustellen.

Allein auch abgesehen davon, daß beide Begriffsbestimmungen einer gesetzlichen Grundlage entbehren, ist die erstere an sich schon unrichtig, indem jede Einrede, — auch die als Beispiele einer exc. juris oder facti angeführten nicht ausgenommen — immer zugleich auf

einer gesetzlichen Vorschrift und auf einem Factum beruht und beruhen muß.

Was aber die Gensler'sche Darstellung betrifft, so kann Das, was hier als das Auszeichnende der exc. juris hervorgehoben wird, nicht als eine besondere Eigenthümlichkeit einer gewissen Classe von Einreden bezeichnet werden. Denn, wenn der Kläger so unvorsichtig ist, in der Klageschrift einen Thatumstand zuzugeben, welchen der Beklagte zur Begründung einer Einrede benützen kann, so ist der Letztere durch das eigene Geständniß des Klägers immer von der Beweislast frei, die Einrede mag nun seyn welche sie wolle. — In diesem Sinne ist daher die Eintheilung ganz überflüssig.

Vgl. Albrecht a. a. O. §. 23 flg. Brackenhöft über den Klagegrund. Zeitschr. von Linde Bd. XI. Heft 2. S. 231. not. 1.

3) Aehnliche Einwendungen gelten auch in Bezug auf die Eintheilung der Einreden in bejahende und verneinende.

Unter verneinenden Einreden verstehen nämlich

I. Einige solche, wobei der Beklagte ein Factum anführt und läugnet, welches eigentlich schon der Kläger zur Begründung seiner Klage hätte berühren sollen.

Weber über Verb. zur Beweisf. S. 241 flg.

Allein ein Vorbringen dieser Art ist nichts anderes als eine negative Einlassung.

II. Andere sprechen von verneinenden Einreden in dem Falle, wenn das früher wirklich bestandene Klagerecht durch das spätere Nichteintreten eines Thatumstandes wieder aufgehoben wurde (ein Fall, der zwar selten vorkommen wird, aber doch wohl nicht unmöglich ist, wie Morstadt glaubt, Materialkrit. S. 262). Gegen diesen Begriff ist zwar nichts einzuwenden, aber es ist

auch nicht abzusehen, warum man diesen Fall besonders auszeichnen soll, da doch keine andern Regeln dafür gelten, als für bejahende Exceptionen.

Arch. I. S. 275.

Martin §. 95. not. b.

Sartorius in der Zeitschrift von Linde Bd. XIII. S. 416 flg.

Vergl. jedoch: Brackenhöft, Erört. S. 448 flg.

4) Von den s. g. proceßhindernden und von den privilegirten Einreden wird zweckmäßiger in einem spätern Abschnitte gehandelt werden.

Rechtliche Grundsätze hinsichtlich der Einreden.

§. 198.

I. Der Beklagte, welcher Einreden vorschützt, ist in dieser Hinsicht selbst wieder gewissermaßen als Kläger zu betrachten (reus excipiendo fit actor).

Fr. 1. D. 44. 1.

Denn eine exceptio hat dieselben Bestandtheile, wie die Klage, Rechtsgrund, historischen Grund und Gesuch; und gleichwie der Kläger den Grund seiner Klage beweisen muß, wenn dieser widersprochen wird, — eben so muß auch der Beklagte im Falle des Widerspruches den Grund seiner Einrede darthun.

Fr. 19. D. 22. 3.

Nur der Zweck der Einrede ist ein anderer, denn er geht auf Abweisung des Gegners, nicht auf dessen Verurtheilung.

Ueber die ursprüngliche Bedeutung und den Grund der Regel reus exc. fit actor s.

Albrecht a. a. O. S. 33—35.

welcher eben wegen der Eigenthümlichkeit dieses Grundes die Ausdehnung der Regel auf alle Einwendungen, welche jetzt except. genannt werden, mißbilliget, obgleich er nicht in Abrede stellt, daß diese Ausdehnung von jeher und allgemein stattgefunden hat und noch stattfindet.

Albrecht a. a. O. S. 127 und S. 169.

Vergl. noch: Roßhirt in seiner Zeitschrift Bd. II. Heft 3. S. 345 a.

II. Nach der Verhandlungsmaxime darf der Richter keine Einrede berücksichtigen, welche nicht der Beklagte vorgeschützt hat, es wäre denn eine solche, deren Außerachtlassung eine unheilbare Nichtigkeit zur Folge haben könnte. Einige Proceßlehrer machen zwar auch in Ansehung der Einrede der Extinctivverjährung eine Ausnahme, insofern dieselbe aus den Acten erhellt, aber ohne hinreichenden Grund. — Daß ohne den gemachten Beisatz diese Ausnahme nicht gerechtfertigt werden könnte, d. h. daß der Richter aus bloßer Privatkenntniß diese Einrede zu ersetzen nicht befugt sey, ist ohnehin keinem Zweifel unterworfen. Allein auch mit diesem Beisatze scheint dieselbe nicht richtig zu seyn. — Denn, daß der Kläger selbst die Extinctivverjährung mit allen hiezu erforderlichen Umständen von freien Stücken actenmäßig zugesteht, wird doch wohl kaum irgend einmal vorkommen. Wenn aber der Beklagte es ist, der die Thatsache der Verjährung zu den Acten gebracht hat, so ist Dieses entweder in seiner Vertheidigungsschrift geschehen (ohne jedoch die Einrede ausdrücklich zu nennen und bestimmt für seine Sache in Anspruch zu nehmen), — oder in einem späteren Vortrage. In dem letzten Falle darf der Richter gewiß keine Rücksicht darauf nehmen, nicht bloß deßwegen, weil die Einwendung als verspätet erscheint, sondern auch, weil möglicher

Weise dadurch dem Kläger seine Einwendungen und Repliken gegen diese Einrede entzogen werden würden. In dem ersten Falle aber darf zwar der Richter allerdings darauf Rücksicht nehmen; allein man kann hier nicht sagen, daß er die Einrede von Amtswegen ersetze. Denn der Satz, daß der Beklagte seine Exceptionen ausdrücklich anführen müsse, ist nicht so zu verstehen, als wenn er jedesmal den Namen der Einrede angeben müßte. Wenn er nur das Factum erzählt, worauf die Einrede beruht, und um Abweisung des Klägers die Bitte stellt, so ist Dieses schon hinreichend. Auch braucht diese Bitte nicht bei jeder einzelnen Einrede wiederholt zu werden, sondern, insofern sie alle auf denselben Zweck gerichtet sind, genügt es, das Gesuch am Schlusse der Exceptionsschrift nur einmal collectiv zu stellen.

S. v. Krüll im Arch. I. S. 402.

Lotz ebendas. S. 412.

III. Da es dem Beklagten gestattet seyn muß, sich auf jeden Fall sicher zu stellen, und die Unstatthaftigkeit der Klage auch von mehr als einer Seite zu zeigen, so steht es ihm frei, selbst solche Einreden zu cumuliren, welche sich einander zu widerprechen scheinen.

Fr. 5 u. 8. D. 44. 1.

Arg. Fr. 43. pr. D. 50. 17.

IV. Nach den Grundsätzen über die legitim. ad causam activa darf keine exceptio ex jure tertii abgeleitet werden, d. h. die Einrede muß sich auf ein Recht stützen, welches dem Beklagten selbst zusteht und nicht einem Dritten, gesetzt auch, daß der Kläger diesem Dritten gegenüber seinen Anspruch nicht würde durchsetzen können. Indessen können doch die Rechtsnachfolger und die Bürgen des ursprünglich Verpflichteten in der Regel von allen Einreden Gebrauch machen, deren sich der Letztere

selbst hätte bedienen können, insofern dieselben nicht rein persönlicher Natur (except. personae cohaerentes) sind. (S. oben S. 618.) Auch kann der Beklagte, wenn aus dem Rechte eines Dritten mittelbar für ihn selbst ein Anspruch entsteht, ohne Zweifel diesen Anspruch zu seiner Vertheidigung benützen, in welchem Falle aber eigentlich nicht von einer Ausnahme von dem aufgestellten Grundsatze gesprochen werden kann.

Vgl. übrigens: *Brackenhöft*, Erört. S. 454 a. E.

V. Nach der Vorschrift des J. R. A. §. 37 muß der Beklagte *alle* peremtorischen Einreden auf einmal und zwar in demselben Termine anbringen, in welchem er aufgefordert ist, die Klage zu beantworten (litem zu contestiren), und zwar bei Strafe der Präclusion.

Ueber die Vorschriften der älteren deutschen Reichsgesetze hinsichtlich dieses Punktes s. oben S. 36 flg. und insbesondere die S. 37 angeführte Abhandlung von *Albrecht* über die Ausbildung des Eventualprincips.

Hinsichtlich der Frage, ob eine präcludirte Einrede nur für den gegenwärtigen Rechtsstreit oder für immer verloren geht, scheint es darauf anzukommen, ob die versäumte Einrede ihrem Inhalte nach nur auf die vorliegende Klage paßte, und daher auch nur dieser Klage entgegengesetzt werden konnte, oder ob sie auch anderen Klagen gegenüber eine Wirksamkeit äußern kann. In dem ersten Falle ist sie für immer verloren, und kann auch in der Form einer Klage nachträglich nicht mehr geltend gemacht werden. In dem zweiten Falle hingegen kann sie zwar in diesem Processe und gegen diese Klage nicht mehr benützt werden; allein anderen Klagen gegenüber verliert sie dadurch ihre Wirksamkeit nicht.

Vgl. *Langenn* u. *Kori*, Erört. I. S. 173.

Uebrigens gibt es einige Fälle, in welchen ungeachtet des verspäteten Vorbringens die Präclusion doch nicht eintritt, nämlich

1) wenn die später angebrachte Einrede zur Zeit der Einlassung noch gar nicht begründet war, oder wenn

2) der Beklagte wenigstens erst später von ihrer Existenz Kenntniß erhalten hat;

3) wenn der Beklagte in seiner ersten Vertheidigung eine solche dilatorische Einrede vorschützte, welche ihn von der Verbindlichkeit, sich auf die Klage einzulassen, unbedingt befreit;

4) wenn die verspätete Einrede eine s. g. privilegirte Einrede ist.

Daß solche dilatorische Einreden, deren Außerachtlassung eine Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge haben könnte, nicht an die präclusive Frist gebunden sind, ist schon früher bemerkt worden.

Fortsetzung.

§. 199.

Zu 1.

Unter diesen Gesichtspunkt gehört insbesondere der Fall, wenn der Beklagte den Kläger nach geschehener Einlassung vollständig befriediget, der Kläger aber dessen ungeachtet später noch den Proceß fortsetzen will. Nach älterem Röm. Rechte war zwar die rechtliche Wirksamkeit einer solchen Befriedigung nicht unbestritten;

Gaj. IV. §. 114.

allein Justinian hat dieselbe allgemein gesetzlich gutgeheißen.

§. 2. J. 4. 12.

Dasselbe gilt übrigens auch von dem Falle, wenn sich der Beklagte nach geschehener Einlassung mit dem Kläger verglichen, oder wenn dieser auf seinen Anspruch unbedingt verzichtet, die Schuld nachgelassen hat, gleichwohl aber den Proceß fortsetzen will. Selbst der Zufall kann zuweilen während des Verfahrens eine Einrede erzeugen, welche anfänglich noch nicht vorhanden war.

Zu 2.

Die zweite Ausnahme hat ihre gesetzliche Begründung in der Vorschrift des §. 78 des J. R. A. Um jedoch dieselbe geltend zu machen, muß der Beklagte eidlich bekräftigen, daß er von der Einrede früher keine Wissenschaft gehabt habe, und wenn sie hierauf wirklich zugelassen wird, so muß auch dem Kläger nachträglich noch Gelegenheit gegeben werden, sich darüber zu äußern.

Die Frage, ob der Beklagte auch die Einrede der Compensation nachholen dürfe, wenn die Gegenforderung, mit welcher er compensiren will, entweder erst nach dem Einlassungstermine entstanden oder zur Compensation reif geworden ist, oder, wenn wenigstens der Beklagte erst später davon Kenntniß erhalten hat, ist nach den jetzt geltenden processualischen Grundsätzen insbesondere nach §. 78 des J. R. A. zu bejahen. Denn da unter den gedachten Voraussetzungen jede andere Einrede nachgeholt werden darf, so ist nicht abzusehen, warum gerade bei der Einrede der Compensation eine Ausnahme stattfinden soll. Nur eine Beschränkung läßt sich hiebei vermöge der eigenthümlichen Beschaffenheit des der Compensation zu Grunde liegenden Verhältnisses rechtfertigen. Der Stoff der Compensation kann nämlich in der Regel nicht bloß durch eine Einrede, sondern auch durch eine Klage geltend gemacht werden, und zwar selbst dann noch, wenn über die Forderung des Vorklägers schon

rechtskräftig entschieden ist, während andere Einreden, z. B. der Zahlung, des Nachlasses und dergl., nach der rechtskräftigen Aburtheilung der Klage agendo nicht mehr verfolgt werden können (s. oben S. 624). Da nun Justinian in

c. 14. C. 4. 31.

ausdrücklich verordnet hat, daß insbesondere eine verspätete Berufung auf Compensation nur dann berücksichtiget werden soll, wenn sie „liquida et non multis ambagibus innodata“ sey, so wird der Beklagte mit der unter obigen Voraussetzungen nachgeholten Einrede der Compensation nur im Falle ihrer Liquidität noch in diesem Processe zugelassen, außerdem aber zur abgesonderten Geltendmachung seiner Gegenforderung in Form einer Klage zu verweisen seyn.

War übrigens eine zur Compensation geeignete Gegenforderung schon zur Zeit der Einlassung vorhanden, und die Existenz derselben dem Beklagten auch bekannt, so muß die Einrede gleich allen übrigen bei Vermeidung des Ausschlusses auch im ersten Vertheidigungstermine angebracht werden. — Ob in einem Falle dieser Art die Compensation nicht wenigstens als ein Surrogat der Zahlung später noch benützt werden könne, ist zwar bestritten. Richtiger scheint aber diese Frage bejaht zu werden, weil es dem Beklagten auch erlaubt ist, während des Processes Zahlung zu leisten, die Compensation aber der Zahlung gleichgestellt wird. Nur muß in diesem Falle der Beklagte den Anspruch des Klägers unbedingt zugestehen, und die Gegenforderung muß auch vollkommen liquid seyn. Unter dieser Voraussetzung ist die Compensation selbst nach der rechtskräftigen Verurtheilung noch zulässig.

c. 2. C. 4. 31.

Vgl. über das Ganze:

Gensler im Archiv für civil. Prax. III. Bd. S. 208—210.

Hasse, ebendas. Bd. VII. S. 145—207.

Tellkampf, ebend. Bd. XXIII. S. 208 flg.

Schmid, Handb. II. S. 54.

Zu 3.

Ueber die hieher gehörigen Fälle s. S. 575 und S. 634 flg.

Fortsetzung.

§. 200.

Zu 4.

Unter privilegirten Einreden sind eigentlich nur solche zu verstehen, welche, — ob sie gleich in keine der bisher (von 1 bis 3) aufgezählten Classen eingereiht werden können, und obwohl sie der Beklagte schon zur Zeit der Einlassung vorzubringen Anlaß gehabt hätte, doch vermöge einer besonderen gesetzlichen Begünstigung auch noch später, und zwar selbst noch nach dem Erfolge des rechtskräftigen Endurtheils angebracht werden dürfen. Die Einwendungen gegen die Ordnung und die Art der Execution des Urtheils gehören also nicht hieher, obgleich sie auch erst post rem judicatam vorkommen, weil sie erst durch die eingeleitete Execution hervorgerufen werden, also von dem Beklagten am Anfange des Rechtsstreites unmittelbar der Klage gegenüber gar nicht hätten vorgebracht werden können. Auch die Berufung auf das s. g. beneficium competentiae kann eigentlich nicht als eine privilegirte Einrede betrachtet

werden, ungeachtet der ausdrücklichen Vorschrift, daß sie auch noch gegen die actio judicati stattfindet.

Fr. 17. §. ult. D. 24. 3.
Fr. 41. §. 2. D. 42. 1.
Fr. 33. pr. D. 39. 5.
Fr. 5. pr. D. 14. 5.

Denn da die Anwendung dieser Rechtswohlthat davon abhängt, wieviel man zur Zeit der Verurtheilung noch im Vermögen hat, so kann dieselbe eigentlich erst in der Execution geltend gemacht werden.

Brackenhöft, Erört. S. 391. not. 80.
Schmid, Hdb. II. S. 55.

Ueber den Unterschied zwischen diesem benef. und dem s. g. ben. condemnationis, welcher allerdings auch auf die vorliegende Frage Einfluß haben würde, wenn er begründet wäre (Schmid a. a. O.), s. Arndts, Lehrb. §. 225. Anm. 1.

Aber auch nach dieser Ausscheidung des nicht hieher Gehörigen ist das Gebiet der privilegirten Einreden wegen der vielfach abweichenden und zum Theile selbst direct einander widersprechenden Ansichten zweifelhaft und unsicher.

Vergl. darüber: Gesterding, Nachforsch. II. S. 205 flg.

Diejenigen Rechtslehrer, welche die Existenz privilegirter Einreden im heutigen Processe überhaupt noch anerkennen, bezeichnen als solche vorzugsweise nur die exceptio Scti Macedon. und Scti Vellejan., weil von diesen Einreden im Röm. Rechte ausdrücklich verordnet ist, daß sie auch noch post rem judicatam zugelassen werden sollten, während doch in der Regel auch nach Röm. Rechte sonst das Endurtheil die äußerste Gränze war, bis zu welcher sich der Beklagte gegen die Klage vertheidigen durfte.

Fr. 11. D. 14. 6.
Fr. 8. §. 2. D. 16. 1.
Vergl. jedoch noch Gesterding a. a. O. S. 210 bis 215.

Die Mehrzahl der neueren Proceßlehrer hält aber diese singulären Bestimmungen des Röm. Rechts in Folge der Vorschrift des J. R. A. §. 37 und §. 78 für aufgehoben;

v. Gönner, Hdb. II. 33. §. 11.
Gesterding a. a. O. S. 225 flg.
Schmid, Handb. II. S. 56 flg.
Brackenhöft, Erört. S. 390.

und für diese Ansicht spricht allerdings der Umstand, daß der J. R. A. nicht nur die allgemeine Regel aufstellt, daß der Beklagte alle Einreden bei Vermeidung des Ausschlusses im ersten Termine vorzubringen schuldig seyn soll, sondern auch unter den Ausnahmen, welche das Gesetz selbst von dieser Regel macht (§. 78), die genannten Einreden nicht anführt, wodurch auch das von

Thibaut, System der Pand. §. 1194. verb. mit §. 39.

zur Rettung dieser Einreden auch für das heutige Recht aufgestellte Argument seine Kraft verliert.

Wenn aber auch, von dieser formellen Seite aufgefaßt, die singuläre Bestimmung des Röm. Rechts nicht mehr aufrecht erhalten werden kann, so scheinen doch die materiellen Gründe, welche dabei dem Röm. Rechte zu Grunde lagen, und welche der J. R. A. durch die Vorschriften in §. 37 und 78 sicher nicht verwerfen wollte, dafür zu sprechen, daß die genannten zwei Einreden auch jetzt noch, soweit jene Gründe zutreffen, in der Executionsinstanz vorgeschützt werden dürfen. Denn durch die exceptio Scti Maced. sollte das Vermögen des Vaters in

der Execution gegen den condemnirten filius familias geschützt werden. Diesen Schutz kann aber der Sohn dem Vater durch Verzichtleistung auf die exceptio, d. h. durch Unterlassung des rechtzeitigen Vorbringens derselben gewiß nicht entziehen.

Glück, Com. XIV. §. 900.

Brackenhöft, Erört. S. 390. not. 79.

Wenn aber eine Frau in Folge einer Intercession aus Rechtsunkunde wirklich Zahlung geleistet hatte, so konnte sie das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückfordern;

Fr. 40. D. 12. 6.

Fr. 8. §. 3. D. 16. 1.

c. 9. C. 4. 29.

und damit scheint die singuläre Bestimmung zusammenzuhängen, daß sie auch der actio judicati die exceptio Scti Vell. entgegensetzen konnte.

Vgl. Gesterding a. a. O. S. 210.

Wenn man daher die civilrechtliche Anwendbarkeit der condictio indebiti in diesem Falle nicht für aufgehoben betrachtet, so muß man die exc. Scti Vell. auch jetzt noch als eine privilegirte Einrede gelten lassen.

Die wirkliche Ausschließung einer verspäteten, und in den bisher angeführten Ausnahmen nicht begriffenen Einrede findet übrigens nur dann statt, wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, von welchen die Verhängung einer speciellen Ungehorsamsfolge abhängt.

S. unten von den Folgen des Ungehorsams.

Verhältniß der Einreden zur Streiteinlassung.

§. 201.

Das Verhältniß der Litiscontestation zu den Einreden beruht auf folgenden Grundsätzen.

I. Die Einreden dienen bloß zur Vertheidigung des Beklagten; — die Einlassung kann zwar auch zu seinem Schutze dienen, — nämlich insofern sie negativ ausfällt, — allein ihr Hauptzweck besteht darin, den Richter von dem eigentlichen Streitpunkte in Kenntniß zu setzen. Daher hängt das Vorbringen von Einreden lediglich von der Willkür des Beklagten ab, die Einlassung muß aber geschehen, und wenn sie der Beklagte nicht wirklich vollzieht, so muß sie durch eine Fiction ersetzt werden.

II. Einlassung und Einreden sind, was ihren Inhalt betrifft, selbständige, von einander unabhängige Vorträge. Daher dürfen Einreden vorgeschützt werden, welche mit der Einlassung im Widerspruch zu stehen scheinen,

Fr. 43. pr. D. 50. 17.

und die Einlassung kann nie durch den Vortrag von Einreden ersetzt werden.

Vgl. c. 2. in 6to 2. 3.

Insbesondere ist hiebei die Regel von Bedeutung: „qui excipit non fatetur," d. h. wenn auch der Beklagte, ohne zu antworten, nur eine peremtorische Einrede vorschützt, so darf daraus nie ein Geständniß der Klage gefolgert werden, auch dann nicht, wenn wirklich eine solche Folgerung der Natur der Sache zu entsprechen schiene.

Karl Leop. Goldschmidt über Litiscontestation u. Einrede. Frankf. 1812.

Gewöhnlich stellt man zwar diesen Satz nur als einen durch positive Gesetze begründeten dar;

Fr. 9. D. 44. 1

c. 6. X. 2. 25.

c. 63. in 6to De R. I.

allein er läßt sich auch aus allgemeinen Gründen rechtfertigen.

Dieser Satz gilt übrigens gegenwärtig keineswegs bloß von den Einwendungen, welche nach älterem Röm. Rechte exceptiones waren, sondern von allen Einreden.

A. M. scheint zu seyn Albrecht a. a. O. S. 38. not. 6.

Vgl. Gesterding, Nachforsch. I. S. 357.

v. Spangenberg in der Zeitschrift von Linde. V. S. 33 flg.

Daß diese Regel nach dem J. R. A. dann nicht mehr anwendbar seyn soll, wenn der Beklagte die Litiscontestation gänzlich unterlassen hat, sucht v. Gönner (im Handb. II. 36.) zu zeigen; — allein seine Darstellung beruht auf einer unrichtigen Ansicht von den Folgen der contumacia.

Weber, Beitr. II. 15.

Martins Rechtsgutachten I. S. 207 flg.

Wenn übrigens auch das Vorbringen einer Einrede nicht als ein Zugeständniß der Klage aufgefaßt werden darf, so gilt doch diejenige Thatsache, auf welche der Beklagte seine Einrede gründet, als von diesem zugestanden; und aus dieser Thatsache kann der Kläger allerdings zuweilen eine Vermuthung für die Richtigkeit seines Anspruches ableiten.

III. Da nach der Eventualmaxime nicht einmal dilatorische Einreden von der Verbindlichkeit zur Litisconte-

station befreien, so kann diese Wirkung in der Regel den peremtorischen noch weniger beigelegt werden.

c. 1 u. 2. in 6to 2. 3.

Fortsetzung.

§. 202.

Von der so eben (unter III.) angeführten Regel machen jedoch die s. g. proceßhindernden Einreden (except. litis ingressum impedientes) eine Ausnahme. Im weiteren Sinne versteht man zwar darunter alle Einreden, also auch die bilatorischen, welche den Beklagten von der Verbindlichkeit befreien, sich auf den Streit einzulassen, — namentlich die gerichtsablehnenden. Im engeren Sinne bezeichnet man aber mit diesem Ausdrucke nur die peremtorischen Einreden, welchen ausnahmsweise diese Wirkung beigelegt ist, und nur von diesen allein ist hier die Rede.

Für die Beantwortung der Frage, welche peremtorische Einreden den Beklagten von der Litiscontestation befreien, fehlt es übrigens keineswegs an einer positiven gesetzlichen Bestimmung. Denn das canonische Recht enthält hierüber eine ausdrückliche Vorschrift in dem oben citirten

c. 1. in 6to 2. 3.

Vgl. c. 2. eodem.

Diese Vorschrift ist jedoch, zum Theile wenigstens, so zweifelhaft, daß man sich über den wahren Sinn derselben in der Doctrin bis jetzt nicht vereinigen konnte. Die angeführte Stelle nennt nämlich als hieher gehörige Einreden die exceptio de re judicata, transacta seu finita. —

Darüber nun, was unter den beiden ersteren zu verstehen sey, ist freilich nie gezweifelt worden; desto weniger Uebereinstimmung herrscht aber über den Sinn und Umfang der Einrede de re finita. Während nämlich Einige diesen Ausdruck nur auf solche Einwendungen beschränkt wissen wollen, welche die von dem Kläger angeregte Streitsache auf andere Art, als durch Urtheil oder Vergleich — abgethan darstellen, also namentlich auf die Einrede der Renunciation, auf die exceptio litis praescriptae, und die exceptio jurisjurandi;

Mittermaier im Archiv für civil. Praxis. I. S. 425 flg.

Vgl. Gesterding, Irrthümer S. 161 flg.

dehnen Andere den Begriff der exceptio rei finitae auf alle peremtorischen Einreden aus, wenn sie nur von dem Beklagten sofort bewiesen werden.

J. H. Boehmer, J. E. P. II. 25. §. 9 sq.

Gönner, Handb. IV. S. 212 flg.

Grolman, Theorie §. 245.

Martin, Lehrb. §. 143.

Guyet in der Zeitschrift von Linde und Marezoll. VII. S. 437 flg.

Die Ersteren stützen sich vorzugsweise auf die grammatische Auslegung und auf allgemeine, der Natur der Sache entnommene Gründe; die Letzteren — (mit Ausnahme von Gönner und Grolman) — auf den Zusammenhang der betreffenden Stelle des canonischen Rechts mit Stellen des Röm. Rechts,

Fr. 1. §. 12. D. 38. 17.

Fr. 229 u. 230. D. 50. 16.

Fr. 13. D. 46. 7.

oder vielmehr mit der Auslegung, welche diese Stellen bei den Glossatoren und bei den mittelalterlichen Schrift-

stellern vor der Erlassung des c. 1. in 6to 2. 3. gefunden hatten.

S. besonders Guyet a. a. O.

Vgl. Albrecht, Except. S. 120 flg.

Die deutschen Reichsgesetze bieten uns zur Entscheidung dieser Controverse keinen Anhaltpunkt dar. Denn was die einzelnen Arten proceßhindernder Einreden betrifft, so geben sie nur eine deutsche Uebersetzung der hierüber im c. 1. cit. enthaltenen Bestimmung;

K. G. O. v. 1508. IV. 1.

„da die Sach mit Urteil entschieden, vertragen, oder der Krieg vollendet wär."

und außerdem bestätigen sie auch die diesen Einreden im canonischen Rechte beigelegte Wirkung dadurch, daß sie dieselben den dilatorischen Einreden gleichstellen (except. peremtoriae in vim dilatoriarum).

C. G. O. 1523. III. 1.

C. G. O. 1555. III. 24. §. 1.

J. R. A. §. 38. „vorzügliche oder andere dergleichen Exceptiones."

Goldschmidt, Abh. S. 14. not. 8.

Wenn man aber den geschichtlichen Zusammenhang berücksichtiget, so verdient gewiß die zweite der oben angeführten Ansichten den Vorzug. Denn es kann als ausgemacht betrachtet werden, daß Papst Innocenz IV. durch die Vorschrift in c. 1. in 6to 2. 3. keineswegs etwas Neues schaffen, sondern nur die vorherrschende Ansicht der damaligen Schule aussprechen wollte, welche aber das Gebiet der proceßhindernden Einreden, — so abweichend auch im Einzelnen die verschiedenen Lehrmeinungen waren, — doch in keinem Falle bloß auf diejenigen Einreden beschränken wollte, welche die erste

der oben angeführten Ansichten allein als solche gelten lassen will.

Auch ist der ausgedehntere Begriff, demgemäß jede peremtorische Einrede unter der Voraussetzung sofortiger Liquidität als proceßhindernd betrachtet wurde, nicht nur von den älteren sächsischen Rechtslehrern des sechzehnten und siebzehnten Jahrhunderts, sondern auch von der sächsischen Gesetzgebung sanctionirt worden.

Goldschmidt a. a. O. S. 16.

Dem sächsischen Rechte folgte aber in dieser, wie in vielen anderen Beziehungen größtentheils auch die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis.

Aus dem Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit ließe sich selbst die auch wirklich von Mehreren aufgestellte Ansicht vertheidigen, daß die proceßhindernden Einreden — gleich den gerichtsablehnenden — den Beklagten von jeder, auch der bloß eventuellen Einlassung befreien, weil in der That im Falle einer bereits erwiesen vorliegenden peremtorischen Einrede jede Antwort auf die Klage als überflüssig erscheint. Allein die deutschen Reichsgesetze stellen die proceßhindernden Einreden nur den gewöhnlichen Dilatorien gleich, und legen die von aller Einlassung befreiende Wirkung ausdrücklich nur den gerichtsablehnenden Einreden allein bei; weßhalb auch nach gemeinem Rechte der Beklagte, welcher eine proceßhindernde Einrede vorschützt, doch schuldig ist, wenigstens eventuell sich auf die Klage einzulassen.

R. A. v. 1570. §. 89.

R. A. v. 1594. §. 59 u. 63.

J. R. A. §. 37, 38, verb. mit §. 40.

Vgl. über die ganze Lehre:

Schmid, Hdb. II. S. 58 flg.

§. 203.

Wenn der Beklagte selbst einen Anspruch gegen Denjenigen zu machen hat, der als Kläger wider ihn aufgetreten ist, so kann er diesen Anspruch nicht nur mit einer eigenen, für sich bestehenden Klage bei dem zuständigen Gerichte des Klägers verfolgen, sondern es ist ihm auch gestattet, die Verfolgung seines Gegenanspruches mit der Vertheidigung gegen die wider ihn gestellte Klage bei demselben Gerichte zu verbinden. — Macht er nun von dieser Erlaubniß wirklich Gebrauch, so nennt man die von ihm gestellte Klage reconventio oder Widerklage. Diesem Begriffe zufolge ist daher keine Widerklage vorhanden, wenn zwar der Beklagte wider den Kläger, sey es auch gleichzeitig, — eine Klage erhebt, aber vor einem anderen Gerichte, als bei welchem er selbst belangt worden war. — Ja selbst dann, wenn er den Kläger bei demselben Gerichte angreift, aber diesen Gegenangriff mit seiner Vertheidigung gegen die Vorklage nicht in Verbindung bringt, sondern denselben isolirt anhängig macht, spricht man nicht von einer Widerklage im eigentlichen Sinne. Zwar kann es allerdings vorkommen, daß eine Widerklage aus irgend einem Grunde nicht gleichzeitig mit der Vorklage in denselben Acten verhandelt, sondern zur abgesonderten oder nachträglichen Ausführung verwiesen wird. Allein in diesem Falle nennt man sie auch nur eine uneigentliche oder successive Widerklage (reconventio impropria).

Glück, Com. III. S. 238.

Martin, Lehrb. §. 158.

Sartorius, die Lehre von der Widerklage. Erlangen. 1838. S. 404.

Von dem Verhältnisse in einem judicium duplex unterscheidet sich übrigens der Fall, in welchem sich Vor- und Widerklage einander entgegenstehen, dadurch, daß in dem judicium duplex nur eine Klage vorliegt, welche das nämliche Streitverhältniß betrifft, während im Falle einer Reconvention zwei Klagen vorhanden sind, deren jede einen anderen Grund und einen andern Gegenstand haben kann.

Sartorius a. a. O. S. 32 flg.

Der Unterschied zwischen einer Widerklage und einer Einrede (indesondere der exc. compensationis) zeigt sich aber in dem Zwecke: indem der Beklagte — als Reconvenient die Verurtheilung des Klägers, als bloßer Excipient aber nur dessen Abweisung zu bewirken sucht. Indessen kann allerdings die nämliche Gegenforderung von dem Beklagten sowohl zum Reconveniren als zum Excipiren benützt werden, und zwar nicht bloß dann, wenn die Gegenforderung dem Betrage nach größer ist, als die Forderung des Klägers, sondern — wenigstens eventuell — auch bei gleich großem Betrage.

Ein feststehender, technischer Ausdruck für Das, was wir „Widerklage" nennen, kommt übrigens im Röm. Recht noch nicht vor. Das Wort „mutua petitio" wird dort auch für andere Fälle, selbst für die Einrede der Compensation gebraucht.

c. 6. C. 4. 31.

c. 1. C. 5. 21.

Vgl. fr. 1. §. 15. D. 50. 13.

C. L. Goldschmidt, Abh. aus dem Civilproceß. S. 20 flg.

Schmid, Handb. I. S. 114 not. 3.

Der Ausdruck „reconventio" ist erst durch die Glosse

und durch das canonische Recht in Uebung gebracht worden. Ueber c. 5. C. 7. 51 s.

Sartorius a. a. O. S. 27 flg.
v. Savigny, System VI. S. 330. not. d.

Die Zulässigkeit der Widerklage ist aber in allen Quellen des gemeinen Rechtes ausdrücklich anerkannt.

S. vorzüglich:
Nov. 96. c. 2.
c. 2. X. 2. 4.
c. 3 in 6to 1. 3.
Clem. 2. 5. 11.
C. G. O. 1508. I. §. 18.
C. G. O. 1555. III. 30.
J. R. A. §. 46.
(Die älteren deutschen Reichsgesetze gebrauchen für die Reconvention den Ausdruck: „den Kläger in das Widerrecht verfassen.") — Schon in den alten deutschen Rechtsbüchern kommt die Widerklage vor. S. Sartorius a. a. O. S. 93 flg.

Nach Röm. und canon. Recht war der Bekagte, — wenn er eine Gegenforderung an den Kläger zu machen hatte, — gewissermaßen sogar verpflichtet, dieselbe bei dem nämlichen Richter anzubringen (insofern er ihn nicht mit Grund recusiren konnte), indem er widrigenfalls vor der Beendigung des Verfahrens über die wider ihn gestellte Klage seinen Gegenanspruch bei keinem anderen Richter geltend machen durfte.

Nov. 96. c. 2.
c. 3 in 6to 1. 3.

Diese Vorschrift wird jedoch heutzutage nicht mehr beobachtet, obgleich der Beweggrund, welcher dazu Ver-

anlassung gegeben hatte, zuweilen auch jetzt noch zutreffen könnte.

Goldschmidt, a. a. O. S. 23 und S. 29.

Die Zulassung einer Widerklage setzt jedoch voraus, daß das Gericht, bei welchem die Vorklage angestellt wurde, entweder ohnehin auch schon in Bezug auf den Widerbeklagten competent ist, oder, wenn Dieses der Fall nicht seyn sollte, daß die Bedingungen des besonderen Gerichtsstandes der Widerklage vorhanden sind.

S. oben §. 70. /o 213,

Die Wirkung einer zulässigen Widerklage besteht darin, daß dieselbe mit der Vorklage gleichzeitig in demselben Verfahren, — in den nämlichen Acten instruirt, und, — wenn beide zugleich spruchreif werden, — auch in demselben Urtheile entschieden wird (der s. g. effectus simultanei processus).

Diese Wirkung tritt jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen ein:

1) Die Widerklage muß sogleich mit der Einlassung auf die Vorklage verbunden werden, weil sonst bei der systematischen Ordnung und Reihenfolge der einzelnen Proceßacte eine gleichzeitige Instruction nicht mehr möglich wäre.

Nov. 96. c. 2. Clem. 2. 5. 11.

J. R. A. §. 45 und 46.

Die C. G. O. v. 1555 III. 30 und c. 3 in 6to 1. 3. können, insofern von der Wirkung des gleichzeitigen Verfahrens die Rede ist, nicht als widersprechend angeführt werden.

Sartorius, a. a. O. S. 407.

Um einen Schritt bleibt zwar die Widerklage auch dann zurück, wenn sie mit der Einlassung auf die Klage verbunden wurde; allein diese geringe Differenz gleicht

sich am Schlusse des ersten Verfahrens wieder aus. — Aus demselben Grunde muß sich auch

2) die Widerklage zu derselben Proceßart eignen, wie die Vorklage. Eine summarische Sache kann daher in einem ordentlichen Conventionsprocesse nur unter der Bedingung durch eine gleichzeitig zu verhandelnde Widerklage verfolgt werden, wenn der Beklagte auf die summarische Verhandlung seiner Klage verzichten darf und wirklich verzichtet.

3) Die Widerklage darf nicht zu der Vorklage in einem Verhältnisse stehen, kraft dessen die Begründung der ersteren von der vorgängigen Entscheidung der letzteren abhängt. Endlich

4) darf die gleichzeitige Instruction beider Klagen nicht etwa voraussichtlich mit der Gefahr einer Unordnung und Verwirrung des Verfahrens verbunden seyn. — Denn die Voraussicht eines solchen Uebelstandes berechtiget den Richter überhaupt, eine formelle Vereinigung mehrerer Streitsachen in demselben Verfahren zurückzuweisen; durch die Widerklage wird aber eine solche Vereinigung ebensowohl beabsichtiget, als durch eine Klagenhäufung von Seite des Klägers. — Selbst nach geschehener Zulassung einer Widerklage bleibt es dem Richter unbenommen, die Instruction beider Sachen wieder zu trennen, wenn er sich überzeugt, daß eine Fortführung derselben in dem nämlichen Geleise nicht mehr thunlich ist.

Abgesehen von diesen Erfordernissen ist aber nach gemeinem Rechte weder eine innere Connerität der Vor- und Widerklage, noch eine Gleichartigkeit der beiden Klagen nothwendig.

S. oben §. 70.

Was endlich die Einrichtung der Widerklage betrifft, so gelten in Ansehung derselben die nämlichen Regeln,

welche oben über die Einrichtung der Klage angeführt worden sind.

Vgl. über das Ganze noch:

Lauck, im Arch. XII. S. 65.

Fischer, in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel.

v. Wagner, Bd. II. S. 123 flg.

Ueber die Widerklage nach älterem Röm. Rechte s.

v. Savigny, System VI. S. 330 flg.

Keller, II. S. 218 und 251.

Fortsetzung.

§. 204.

Außer dem s. g. effectus simultanei processus wird gewöhnlich der Widerklage noch eine zweite Wirkung beigelegt, nämlich der s. g. effectus prorogationis, welcher darin bestehen soll, daß der Richter der Vorklage durch die Reconvention auch für die Widerklage competent werde, wenn er es auch nach den allgemeinen Grundsätzen über die Competenz sonst nicht seyn sollte.

Allein diese Auffassung ist unrichtig. Der Richter der Vorklage wird für den Widerbeklagten nicht dadurch competent, daß der Widerkläger bei ihm Hülfe sucht, sondern dadurch, daß der Widerbeklagte selbst bei ihm Hülfe gesucht hat. Er mußte ja schon competent seyn, ehe noch die Widerklage wirklich bei ihm angestellt wurde; sonst hätte diese mit Erfolg bei ihm nicht angebracht werden können. Durch das „wirkliche Reconveniren" wird also nur ein schon begründetes Recht ausgeübt und für die Zukunft festgehalten; keineswegs aber erst begründet. Diese Ausübung des Rechtes ist aber allerdings insofern

von praktischer Bedeutung, weil das Recht, vor diesem Richter zu klagen, erlöscht, wenn nicht der Beklagte noch vor der Beendigung des gegen ihn erhobenen Streites davon Gebrauch macht; — wenn nicht etwa der Richter der Vorklage ohnehin auch schon der competente Richter für den Gegenanspruch des Beklagten ist.

Anordnung des ersten schriftlichen Vortrages des Beklagten.

§. 205.

Die Bestandtheile der Vertheidigungsschrift des Beklagten sollen in der Ordnung vorgetragen werden, daß immer Dasjenige früher gesagt wird, was, wenn es begründet wäre, — das Uebrige gänzlich, oder doch für jetzt überflüssig machen würde. — Daher sind im Allgemein die dilatorischen und die denselben gleichgestellten Einreden vor der Einlassung, diese vor den peremtorischen Einreden vorzutragen. Der nämliche Gesichtspunkt entscheidet aber auch über die Anordnung der Vertheidigungsmittel derselben Gattung. Wenn z. B. dem Beklagten außer einer gemein verzögerlichen Einrede auch eine gerichtsablehnende, oder die exc. def. legit. ad process. zu Gebote steht, so sind diese jener vorauszuschicken. — Die proceßhindernden Einreden im engeren Sinne werden am zweckmäßigsten unmittelbar vor der Einlassung vorgetragen. — Die Widerklage, wenn der Beklagte eine solche jetzt schon anbringen will, ist von der Vertheidigung zu trennen, und als Anhang zuletzt nach den gewöhnlichen Regeln über die Einrichtung der Klageschrift vorzutragen.

Vgl. Gensler, Com. I. S. 277 flg.

Von der richterlichen Verfügung auf die erste Schrift des Beklagten.

§. 206.

Gewöhnlich besteht diese Verfügung darin, daß die s. g. Exceptionsschrift dem Kläger ad replicandum binnen einer bestimmten Frist mitgetheilt und dem Beklagten hievon Nachricht gegeben wird. — Allein diese Verfügung ist nicht immer zu rechtfertigen, sondern es ist vielmehr zu unterscheiden:

I. Der Beklagte hat nur dilatorische Einreden vorgeschützt, ohne sich auf die Hauptsache selbst einzulassen. In diesem Falle kommt es darauf an, ob die dilatorische Einrede eine solche ist, welche den Beklagten von der Verbindlichkeit, litem zu contestiren, befreien konnte, oder nicht. In dem letzten Falle soll die Schrift dem Beklagten zur Ergänzung der Litiscontestation zurückgegeben, und dem Kläger vorläufig nur zur Nachricht mitgetheilt werden. — In dem ersten Falle aber wird zunächst nur über die Einrede allein verhandelt und entschieden, und das Verfahren in der Hauptsache bleibt bis zur Erledigung dieses Präjudicialpunktes ausgesetzt.

II. Der Beklagte hat bloß *negative litem* contestirt, ohne eine peremtorische Einrede vorzuschützen, oder eine Widerklage zu erheben. — Hier kann und soll der Richter ohne weiters das erste Verfahren schließen, und die Vertheidigungsschrift dem Kläger nur ad notitiam mittheilen, weil der gegen die Klage eingelegte Widerspruch doch nur durch Beweis, und nicht durch eine Repliksermnerung des Klägers entkräftet werden kann.

III. Der Beklagte hat *litem* contestirt, und zugleich peremtorische Einreden vorgeschützt. —

In diesem Falle ist die Mittheilung ad repl. wesentlich nothwendig, weil der Richter erfahren muß, ob der Kläger den historischen Grund der Einreden zugibt, oder widerspricht, und weil es möglich ist, daß der Kläger den Einreden des Beklagten wieder neue Einreden (wahre Repliken) entgegenzusetzen hat. — Nur dann, wenn in dem Vortrage der L. C. oder der Einreden ein erheblicher Mangel sich finden sollte, müßte die Vertheidigungsschrift vorher ad emend. zurückgegeben werden.

IV. Der Beklagte hat mit seiner Vertheidigung auch eine Widerklage verbunden. In diesem Falle wird rücksichtlich der Reconvention dieselbe Verfügung erlassen, wie auf eine Klage überhaupt; folglich, wenn sie fehlerfrei ist, der Kläger binnen derselben Frist, welche ihm in conventione ad replic. gegeben wird, — in reconvent. ad excip. aufgefordert.

In zweifelhaften Sachen kann übrigens der Richter, wenn der Beklagte in der Hauptsache auf die Klage geantwortet hat, unter einstweiliger Aussetzung des weiteren Verfahrens einen Termin zum Versuche einer gütlichen Vereinigung der Parteien anberaumen. Gewöhnlich wird zwar dieser Versuch schon unmittelbar nach der Ueberreichung der Klageschrift gemacht, und in den Reichsgesetzen ist dieses auch ausdrücklich gestattet.

J. R. A. §. 110.

Da jedoch der Richter zweckmäßige Vergleichsvorschläge zu machen nicht im Stande ist, so lange er das streitige Verhältniß noch nicht kennt, diese Kenntniß aber erst durch die Erwiderung des Beklagten auf die Klage erhält, so ist es gewiß zweckmäßiger, in der Regel einen solchen Versuch vor der Einlassung auf die Klage nicht anzustellen. Der Erfahrung zufolge bleiben auch dergleichen Vergleichstermine vor angefangenem Rechts-

stande ohne Erfolg. — Ja, wenn der Richter auch aus der ersten Vertheidigungsschrift des Beklagten noch keine vollständige Information über das Streitverhältniß gewinnen kann, weil z. B. peremtorische Einreden vorgeschützt werden, über welche sich der Kläger erst noch äußern muß, so kann es rathsam seyn, den Vergleichstermin noch auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben.

F. A. von der Becke, über Verminderung und Abkürz. der Processe durch Vergleich. München 1812.
G. P. F. Thon, die besten Mittel zur Verhüt. und Abk. der Processe. Ilmenau 1825.
Vgl. W. Puchta, Beiträge zur Gesetzgeb. S. 339.

Von den Folgen des Ungehorsams des Beklagten hinsichtlich seiner ersten Vertheidigung.

§. 207.

Was die Folgen der contum. betrifft, so sind hiebei vor Allem zwei Fälle zu trennen:

I. Der Fall, wenn der Beklagte gar nicht antwortet, und

II. der, wenn er zwar antwortet, aber nicht so vollständig, als er könnte und sollte.

ad. I.

In dem ersten Falle konnte nach neuerem Röm. Rechte der Kläger auf die Einleitung des Edictalverfahrens antragen, d. h. er konnte verlangen, daß der Beklagte ternis literis (oder uno pro omnibus peremt. edicto) zur Erscheinung aufgefordert werden soll.

Blieb er dessen ungeachtet aus, so hatte der Kläger die Wahl, entweder um die missio in bona nachzusuchen,

oder seine Beweise beizubringen, und auf Entscheidung der Sache auch in Abwesenheit des Beklagten zu bringen.

c. 8. C. 7. 43.

Die missio in bona hatte insbesondere die Wirkung, daß der Beklagte, wenn er nachher den Proceß aufnehmen wollte, als Kläger auftreten mußte.

Nur dann, wenn er dem Kläger den bisherigen Schaden vergütete, und ihm zugleich Caution dafür leistete, daß er nun den Proceß fortsetzen werde, war der Kläger schuldig, ihm den Besitz wieder abzutreten.

c. 8. §. 3. C. 7. 39.

Nov. 53. C. 4.

Ueber das ältere R. R. s. Heffter Inst. S. 302 flg. Zenger über das vadim. der Römer, S. 70 und besonders S. 78 flg.

Bethmann-Hollweg in s. Hdb. I. S. 277 flg.

Auch das canonische Recht bestätiget im Allgemeinen die missio in bona als Ungehorsamsstrafe gegen den ausbleibenden Beklagten.

c. 5. X. 2. 6. wo sich auch die näheren Bestimmungen darüber finden.

In den älteren deutschen Reichsgesetzen sind die beiden Contumacialwege, — Vollführung der Hauptsache und missio in bona beibehalten, außerdem aber auch noch ein dritter beigefügt, nämlich die Achterklärung, — unter welchen der Kläger wählen konnte.

C. G. O. 1523. VI. §. 2.

C. G. O. 1555. III. 43.

Vgl. Maurer, Gesch. des altgerm. Gerichtsverf. §. 151.

Der J. R. A. hat jedoch die zwei letzten Contumacialwege (Immission und Pön der Acht) aufgehoben und

nur noch die Fortsetzung des Verfahrens in der Hauptsache übrig gelassen.

J. R. A. §. 36.

Da nun aber dieses noch von dem J. R. A. beibehaltene Contumacialverfahren in der C. G. O. 1555 III. 43. §. 4. dahin näher bestimmt ist, daß der gehorsame Kläger zum Beweise seiner Klage zugelassen werden soll, so folgt von selbst, daß nach gemeinem Rechte im Falle des Ungehorsams des Beklagten nicht angenommen wird, daß er der Klage geständig sey. Ob es nicht zweckmäßiger wäre, die Klage in diesem Falle als eingestanden anzunehmen, — da in der That die Fiction einer verneinenden Einlassung dem ungehorsamen Beklagten vielmehr zum Vortheil gereicht, als zum Nachtheile, — ist eine Frage, gegen deren Bejahung man in der neuesten Zeit nicht einmal mehr einen Zweifel aufkommen lassen will.

Mittermaier der gem. d. Pr. II. S. 106 u. bes. S. 128. (2. Aufl.)

Dagegen v. Stürzer im Arch. VIII. S. 395.

W. H. Puchta, über die bürgl. Rechtspflege. S. 42.

Mittermaier im Arch. IX. S. 139.

Dagegen wieder Puchta im Arch. X. S. 416 flg.

Ein erheblicher, — aber bisher nicht beachteter, allgemeiner Rechtsgrund für die Vorschrift des gem. Rechtes scheint indessen doch folgender zu seyn: — Die Gesetze sagen nirgendwo ausdrücklich, daß das Wegbleiben des Beklagten als eine Verneinung der Klage auszulegen sey. Sie fingiren eigentlich gar nichts, weder ein Geständniß, noch eine Verneinung, wie denn auch, — bei einer unbefangenen Betrachtung, — weder das Eine, noch das Andere mit Sicherheit aus dem Nichterscheinen des Beklagten gefolgert werden kann. Sie weisen den Rich-

ter nur an, dem Kläger zu erklären: „ich bedarf der Anwesenheit des Beklagten nicht, um ihn zu verurtheilen. Wenn du mich von der Wahrheit deines Anspruches überzeugst, so werde ich ihn auch abwesend verurtheilen.“ Hierin liegt aber gewiß nichts, was der Natur der Sache nicht gemäß wäre. Denn daß der Richter ohne Ueberzeugung Niemanden verurtheilen soll, wird kaum Jemand als Grundsatz bestreiten wollen. — Ein verständiger und rechtlich gesinnter Mann wird sich aber auch zuverlässig nicht darüber aufhalten, wenn ihm der Richter erst einen Beweis seiner Behauptungen abfordert, ehe er definitiv für ihn urtheilt. — Denn es verräth entweder Unverstand, oder Zweideutigkeit der Absicht, wenn der Kläger dem Richter zumuthet, daß er ihm auf sein Wort glauben soll. — Wenn nun aber das gemeine Recht auf Kläger der letzten Art keine Rücksicht nimmt, sondern eine Regel aufstellt, gegen welche ein rechtlicher Mann nichts einwenden wird, so verdient dasselbe in der That die Vorwürfe nicht, welche ihm in dieser Hinsicht von den modernen Legislatoren gemacht worden sind.

Da übrigens in derselben Frist, welche dem Beklagten zur Beantwortung der Klage gegeben wurde, nach dem J. R. A. §. 37. auch alle dilatorischen und peremtorischen Einreden „bei Strafe der Präclusion“ vorgebracht werden müssen, so hat der totale Ungehorsam des Beklagten auch den Verlust der Einreden zur Folge, insofern diese nicht einen so wesentlichen Einfluß auf den Rechtsbestand des Verfahrens haben, daß sie schon von Amtswegen ersetzt werden müssen, — oder erst später zur Kenntniß des Beklagten gelangen, oder endlich zu den privilegirten Einreden gehören.

Linde, Abh. S. 23.

Heffter, Inst. S. 343.

Die eben bemerkten Folgen des Ungehorsams können übrigens nur dann wirklich verhängt werden, wenn der Beklagte peremtorisch zur Beantwortung der Klage aufgefordert war, und wenn die hiezu vorgeschriebene Frist abgelaufen ist; ja selbst unter diesen Voraussetzungen treten jene Folgen nicht von selbst ein, sondern der Kläger muß erst noch eine Ungehorsamsbeschuldigung anbringen, um ein förmliches Contumacialdecret zu erwirken, durch welches der Kläger zum Beweise seiner Klage zugelassen, der Beklagte aber seiner Einreden für verlustig erklärt wird. Kommt der Kläger dieser Ungehorsamsbeschuldigung (selbst nach dem Ablaufe der Frist) mit nachträglicher Ueberreichung seiner Vertheidigungsschrift noch zuvor, so werden dadurch dem jetzigen Gerichtsgebrauche zufolge die angeführten Folgen des Ungehorsams abgewendet (purgatio contumaciae).

S. oben §. 159.

Sollte aber die an den Beklagten ergangene Aufforderung zur Beantwortung der Klage nur eine s. g. dilatorische gewesen seyn — (ein Fall, der sich übrigens in dem ehemaligen ordentlichen kammergerichtlichen Processe nicht ereignen konnte, weil die im §. 36 des J. R. A. vorgeschriebene Ladung des Beklagten immer sogleich in peremtorischer Eigenschaft erlassen wurde,

S. die Citationsformel z. B. bei Danz, Reichsgerichtsproceß §. 222. not. a.)

so kann der Kläger nur auf eine wiederholte Aufforderung des Beklagten und auf Kostenersatz antragen.

Fortsetzung.

§. 208.

ad II.

Hinsichtlich der Folgen, welche dann eintreten, wenn sich zwar der Beklagte binnen der ihm vorgeschriebenen Frist vertheidigte, aber nicht so vollständig als er konnte oder sollte, — sind folgende Fälle zu unterscheiden:

A. Der Beklagte hat sich zwar gehörig auf die Klage eingelassen, — d. h. die Geschichtserzählung gehörig beantwortet; aber keine Einrede vorgebracht.

In diesem Falle war der Beklagte im kammergerichtlichen Verfahren gemäß §. 37 und 38 des J. R. A. mit jedem weiteren exceptivischen Vorbringen ausgeschlossen; weil der erste Termin stets ein peremtorischer war (s. den vorigen Paragraph); weil ferner der J. R. A. a. a. O. ausdrücklich verordnete, daß alle Einreden bei Vermeidung der Präclusion in primo termino mit der Antwort auf die Geschichtserzählung des Klägers vorgebracht werden müssen; und endlich, weil diese Collectivhandlung weder getrennt, noch anticipirt, sondern nur in dem Endpunkte der anberaumten Frist, — nämlich an dem Gerichtstage, welcher die äußerste Gränze der Frist bildete, vorgenommen werde durfte.

S. Danz, Grundſ. des Reichsgerichtsproc. §. 235.

Auch war in diesem Falle weder eine Ungehorsamsbeschuldigung nothwendig, noch eine purgatio morae zulässig, und es erfolgte auch kein besonderes Präclusivdecret, wenn nicht etwa der Beklagte später noch versuchte, eine versäumte Einrede nachzuholen.

Ob aber diese Grundsätze auch in dem herkömmlichen gemeinrechtlichen Verfahren unbedingt anzuwenden seyen, könnte bezweifelt werden. Wenn die vorgeschriebene Frist eine peremtorische war, und der Beklagte erst am letzten Tage der Frist seine Vertheidigungsschrift übergibt, welche nur eine Antwort und keine Einrede enthält, dann freilich unterliegt jene Anwendung keinem Bedenken. Allein dem gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauche zufolge wird in der Regel die erste Aufforderung des Beklagten nur in dilatorischer Eigenschaft erlassen, und die Vertheidigungsschrift muß nicht gerade an dem letzten Tage der anberaumten Frist, sondern kann an jedem beliebigen Tage während des Laufes derselben überreicht werden.

Diese Abweichungen geben aber Veranlassung zu der zweifachen Frage:

a) Darf der Beklagte nicht wenigstens in dem Falle, wenn er bloß dilatorisch zur Vertheidigung aufgefordert war, zu der binnen der dilatorischen Frist vollzogenen Einlassung auch später noch eine Einrede nachholen, so lange nicht ein peremtorischer Auftrag zu excipiren erfolgt und auch die hiebei ertheilte Frist versäumt ist?

und

b) wenn der Beklagte die Einlassung allein schon längere Zeit vor dem Ablaufe der ihm anberaumten (gleichviel ob dilatorischen oder peremtorischen) Frist vollzogen hat; kann er in diesem Falle nicht wenigstens während des Restes der Frist noch Einreden nachtragen?

Für die Bejahung der ersten Frage ist zwar der Grund geltend gemacht worden, daß ohne Versäumung einer peremtorischen Frist überhaupt die Verhängung

einer besonderen Ungehorsamsstrafe (also hier der Präclusion der Einreden) nicht stattfinden könne.

S. die frühere Auflage gegenwärt. Vorträge S. 378.

Allein in der Praxis wird dieser Grundsatz hier nicht festgehalten, und für diese Abweichung sprechen auch überwiegende Gründe. Denn wenn auch der Beklagte nur dilatorisch zum Antworten und Excipiren aufgefordert wird, so wird ihm doch zur Pflicht gemacht, beide Handlungen zu verbinden, d. h. die Einreden, wenn ihm solche zu Gebote stehen und er sie gebrauchen will, sogleich mit der Einlassung vorzutragen. Contestirt er also bloß den Streit allein, so ist anzunehmen, daß er entweder keine Einrede hatte, oder daß er sie nicht gebrauchen wollte. Auch würde die entgegengesetzte Behandlung unvermeidlich zu Störungen und Verzögerung des Verfahrens Anlaß geben.

S. Bolgiano in der Zeitschrift von Linde. Neue Folge. Bd. IX. S. 311 flg.
Vgl. Heffter, Syst. S. 451. §. 364.

Aus demselben Grunde wird auch die zweite Frage richtiger verneint. Indessen glaube ich, daß sich in diesem Falle der Beklagte das Nachholen der Einreden binnen des Restes der Frist mit Erfolg vorbehalten kann, weil er ein Recht auf die Benützung der ganzen Frist hat, und daher aus der Anticipation einer Handlung kein Verzicht auf die andere gefolgert werden darf, wenn er sich ausdrücklich dagegen verwahrt.

+ Von den Regeln der Praxis dürfte jedoch wegen d. analogen Anwendbarkeit d. processualen Grundsätze über d. R. d. Klägers Nachträge z. d. Klageschrift zu machen, nicht blos in d. Falle eine Ausnahme zu machen sein, wenn d. Exceptionsschrift dem Kläger noch gar nicht [illegible] mitgetheilt worden ist; sondern selbst dann wenn zwar diese Mittheilg. schon geschehen ist aber d. Kläger [illegible] in diesen Fällen hat noch nicht darauf geantwortet hat; denn in diesen Fällen hat [illegible] eines Exceptionsnachtrages keine Störg. d. Verfahrens [illegible] Folge. [illegible] d. Praxis geltend gemachte Gesichtspkt.

Fortsetzung.

§. 209.

B. Der Beklagte hat zwar innerhalb der ihm vorgesetzten Frist Einreden vorgebracht, aber auf die Geschichtserzählung des Klägers nicht geantwortet, d. h. sich nicht eingelassen.

In diesem Falle kommt es auf die Beschaffenheit der vorgeschützten Einrede an.

Ist diese

a) eine gerichtsablehnende (exc. *fori declinatoria*), so kann von einem Ungehorsam des Beklagten gar nicht die Rede seyn, weil diese Einreden den Beklagten von der Verbindlichkeit befreien, sich — auch nur eventuell auf die Hauptsache einzulassen.

J. R. A. §. 40.

Daher wird in diesem Falle vorläufig nur über die vorgebrachte Einrede allein verhandelt und entschieden. Zeigt sich dieselbe als begründet, so wird der Kläger ohnehin von diesem Gerichte hinweggewiesen; es kommt also hier gar nicht mehr zur Fortsetzung des Verfahrens in der Hauptsache selbst. Muß aber die Einrede als unbegründet verworfen werden, so ist zwar der Beklagte zum Ersatze der durch diese Präliminarverhandlung verursachten Kosten, und — falls sich herausstellen sollte, daß die Einrede nur zu muthwilligem Aufschube der Hauptsache vorgebracht wurde, außerdem noch zu einer arbiträren Geldstrafe zu verurtheilen;

J. R. A. §. 40.

allein der Beklagte verliert dadurch weder das Recht, auf die Klage nach Belieben zu antworten, noch die Befugniß, die ihm zu Gebote stehenden peremtorischen Einreden

eines Verzichtes [illegible] nicht wohl in Einklang bringen mit d. Folgen eines totalen Ungehorsams bei einer blos dilatorischen Frist.

vorzubringen, sondern in dem die unstatthafte Einrede verwerfenden Decrete wird dem Beklagten noch eine Frist zur Einlassung in der Hauptsache anberaumt.

Die bestrittene Frage, ob der Beklagte in dem letzteren Falle auch noch gemeinverzögerliche Einreden vorbringen dürfe, wird zwar in der Regel richtiger verneint, wegen

§. 40 des J. R. A., verb. mit §. 38 und mit §. 63 und 64 des R. A. von 1594.

Bolgiano a. a. O. S. 317 flg.

Allein solche dilatorische Einreden, deren Außerachtlassung eine unheilbare Nichtigkeit zur Folge haben könnte, oder welche mit der Hauptsache selbst so zusammenhängen, daß sie einen Theil der Klagebeantwortung bilden, sind von dieser Regel auszunehmen.

Sollten übrigens, — was allerdings möglich ist, dem Beklagten mehrere gerichtsablehnende Einreden zu Gebote stehen, so muß er sie alle zugleich bei Vermeidung des Ausschlusses der nicht vorgebrachten anbringen, es müßte denn seyn, daß die Ausschließung eine unheilbare Nichtigkeit verursachen könnte.

Das den gerichtsablehnenden Einreden im §. 40 des J. R. A. eingeräumte Privilegium ist jedoch auf die sogenannten proceßhindernden Exceptionen reichsgesetzlich nicht auszudehnen, weil der Beklagte, ungeachtet des Vorbringens einer solchen Einrede, doch verpflichtet ist, sich wenigstens eventuell auf die Klage einzulassen, also zu antworten und peremtorisch zu excipiren.

S. oben §. 637.

Ueber die except. spolii s. oben S. 575.

Fortsetzung.

§. 210.

b) Wenn die von dem Beklagten vorgeschützte Einrede eine gemeinverzögerliche ist, so kann demselben allerdings der Vorwurf eines Ungehorsams gemacht werden, weil diese Einreden von der Verbindlichkeit, wenigstens eventuell litem zu contestiren, nicht befreien, der Beklagte aber Letzteres unterlassen hat. Indessen kann dieser Ungehorsam dem Beklagten ganz unschädlich seyn. Denn die Einrede muß, — als rechtzeitig vorgebracht, — doch jedenfalls geprüft werden. Zeigt sich aber dieselbe als begründet, so muß die Klage abgewiesen werden, und dann hat die Strafe des Ungehorsams (Zulassung des Klägers zum Beweise und Präclusion der übrigen Einreden) keine Bedeutung mehr.

Die Ansicht, daß der Richter eine solche Vertheidigungsschrift gar nicht zulassen, folglich auch die vorgeschützte Einrede ignoriren soll, läßt sich nicht rechtfertigen, weil die Reichsgesetze den Beklagten nur mit dem Verluste des Nichtvorgebrachten, keineswegs aber auch mit der Nichtbeachtung des rechtzeitig Vorgebrachten bedrohen.

J. Blumen, process. cameral. Tit. 69. nro. 65.

Selbst der J. R. A. gestattet es dem Richter, einen Vertheidigungsvortrag, welcher bloß dilatorische Einreden, ohne Eventualhandlung enthält, unter Umständen zuzulassen.

J. R. A. §. 40. „*pro arbitrio judicis*“.

Concept. III. 38. §. 10.

R. A. von 1600. §. 117.

Vergl. Seyfart, deutscher Reichsproceß c. 6. §. 12. a. E.

Führt aber die Prüfung der vorgebrachten dilatorischen Einrede zu dem Resultate, daß dieselbe grundlos und verwerflich sey, dann kommt es darauf an, ob der Beklagte bereits peremtorisch zur Vertheidigung aufgefordert war oder nicht.

In dem ersten Falle kann der Kläger darauf antragen, daß er sofort zum Beweise seiner Klage zugelassen und der Beklagte mit allen Einreden präcludirt werde, weil Der, welcher nur eine grundlose verzögerliche Einrede vorbrachte, nichts vor Dem voraus hat, welcher gar nicht antwortete.

Vgl. Concept. III. 38. §. 10.

War aber der Beklagte noch nicht peremtorisch zur Vertheidigung aufgefordert, so wird dem Beklagten gestattet, seine hauptsächliche Handlung binnen einer neuen hiezu (peremtorisch) anzuberaumenden Frist nachzuholen.

Heffter, Syst. §. 363.

Bolgiano a. a. O. S. 326.

A. M. ist Goldschmidt über Litiscontestation und Einreden S. 64 flg.

Die Kosten für die Verhandlung über die vorgebrachte und als grundlos verworfene Einrede hat aber der Beklagte in einem wie in dem anderen Falle allein zu tragen, und außerdem kann ihm auch, wenn ihm ein Muthwille zur Last fällt, eine arbiträre Geldstrafe auferlegt werden.

J. R. A. §. 40.

Fortsetzung.

§. 211.

c) Wenn der Beklagte nur eine peremtorische Einrede allein vorschützte, ohne auf den geschichtlichen Theil der Klage bejahend oder verneinend zu antworten, so treten nachstehende Folgen ein:

1) Der Beklagte ist mit allen übrigen Einreden — peremtorischen wie dilatorischen — welche er vielleicht hätte vorbringen können, ausgeschlossen. Denn die Ausschließung derselben würde ja selbst in dem Falle stattgefunden haben, wenn der Beklagte zugleich neben der wirklich vorgebrachten Einrede litem contestirt, also der ihm in dieser Hinsicht obliegenden Verbindlichkeit entsprochen hätte.

J. R. A. §. 37 u. 38.

Er kann also gewiß keine mildere Behandlung ansprechen, wenn er nicht einmal dieser Verbindlichkeit nachgekommen ist.

Auch ist es in diesem Falle aus schon früher angeführten Gründen (§. 207) gleichgültig, ob der Beklagte peremtorisch oder nur dilatorisch zur Vertheidigung aufgefordert war, sowie, ob er die Vertheidigungsschrift erst am Ende der Frist, oder schon früher überreichte. Nur dann würde in dem letzten Falle noch ein Exceptionsnachtrag während des Restes der Frist zuzulassen seyn, wenn sich der Beklagte einen solchen ausdrücklich vorbehalten hätte (§. 207).

2) Die von dem Beklagten unterlassene Litiscontestation wird auch in diesem Falle durch eine Fiction ergänzt.

Die Ansicht, daß dem Beklagten noch eine nähere Einlassung und Beantwortung der Klage aufzugeben sey,

Heffter, System §. 365.

hat weder eine gesetzliche Bestimmung, noch den Gerichtsgebrauch für sich.

In welcher Art aber die Einlassung fingirt werden soll, ob als bejahend, oder als verneinend, ist bestritten.

Die erste Ansicht wird vertheidigt von

Gönner, Handb. II. 36,

die letztere von

Goldschmidt, über Litiscontestation und Einreden. S. 66—72.

v. Linde, Abh. I. S. 24—34.

Richtig ist aber gewiß die letztere. Denn wenn sich der Beklagte über die Klage gar nicht vernehmen läßt, so wird nach reichsgesetzlicher Vorschrift der Kläger zum Beweise seiner Klage zugelassen (§. 206) (was sonst nur im Falle einer verneinenden Antwort geschieht); da aber aus einer peremtorischen Einrede noch kein Geständniß zu folgern ist (qui excipit, non fatetur), so ist kein Grund vorhanden, die Anwendung jener allgemeinen Vorschrift in diesem Falle auszuschließen.

Die entgegengesetzte Ansicht würde zu dem Resultate führen, daß ein Beklagter, welcher der richterlichen Aufforderung wenigstens zum Theile entsprochen hätte, härter behandelt würde, als der, welcher ihr gar nicht Folge leistete.

Das Nähere sieh bei v. Linde a. a. O., wo die v. Gönner'sche Ansicht ausführlich widerlegt ist.

3) Die von dem Beklagten wirklich und rechtzeitig vorgebrachte Einrede geht übrigens keineswegs, wie Einige glauben,

Weber, Beitr. S. 119. Nr. 3.

Gensler, Comment. I. S. 283.

wegen der Unterlassung der Litiscontestation verloren, sondern schließt sich eventuell an die fingirte Einlassung an. Denn der Verlust einer peremtorischen Einrede ist nach der Vorschrift des J. R. A. nicht als eine Strafe der Unterlassung der Litiscontestation bezeichnet, sondern nur als die Folge der Versäumung des ersten Termins, in welchem beiderlei Handlungen vorgenommen werden sollen. Die Ansicht aber, daß die peremtorischen Einreden ihren Platz erst hinter der Einlassung haben, und folglich gar nicht in Betracht kommen dürfen, wenn sie vorgeschützt werden, ehe noch lis wirklich contestirt worden ist, würde consequent zu dem gewiß nicht zu billigenden Resultate führen, daß selbst in dem Falle, wenn der Beklagte im ersten Termine alle seine Verbindlichkeiten erfüllt, also Einlassung und peremtorische Einreden verbunden, aber aus Versehen diese vor jener vorgetragen hätte, — die Einreden unberücksichtigt bleiben müßten.

Daß in Folge der hier vertretenen Ansicht der Ungehorsam dem Beklagten möglicherweise gar keinen Nachtheil bringt, ist allerdings nicht zu läugnen; allein diesen Mißstand hat die Theorie nicht zu verantworten.

v. Linde a. a. O. S. 34.

Goldschmidt a. a. O. S. 72.

4) Ueber die Behandlung des Falles, wenn der Beklagte eine peremtorische Einrede in der Eigenschaft einer proceßhindernden vorgebracht, und darauf hin die Einlassung förmlich verweigert hat, obgleich die Einrede gar nicht zu einer proceßhindernden qualificirt war, s.

Volgiano a. a. O. S. 327—338.

Fortsetzung.

§. 212.

C. Wenn sich zwar der Beklagte (sey es nun mit oder ohne Einreden) auf die Klage eingelassen hat, aber nicht so, wie es hätte geschehen sollen, also z. B. nicht vollständig oder nicht deutlich genug, so hat der Richter zwar das Recht, demselben zur Aufklärung über die noch zweifelhaft gebliebenen Punkte besondere Fragen zur Beantwortung vorzulegen.

Daß aber der fortgesetzte Ungehorsam des Beklagten in diesem Falle die Annahme eines Zugeständnisses der nicht beantworteten Punkte zur Folge haben soll, wie von

Gensler im Arch. I. S. 48. not. **, und

Mittermaier, Beitr. II. S. 100.

behauptet wird, läßt sich nicht rechtfertigen. Denn die zur Unterstützung dieser Ansicht angeführten Gesetze

c. 2. in 6to 2. 9. und

J. R. A. §. 41 und 49.

sprechen von den Positionen, und von den hierauf abgeforderten Responsionen, welche von einem Eide begleitet waren, und können daher auf den vorliegenden Fall nicht angewandt werden.

Auch kann es mit dem allgemeinen Grundsatze, daß sich die Größe des Nachtheils nach der Größe der Schuld richten soll, nicht vereiniget werden, wenn der Beklagte in dem hier vorausgesetzten Falle strenger behandelt wird, als wenn er dem richterlichen Befehle, auf die Klage überhaupt zu antworten, gar keine Folge leistet.

v. Linde a. a. O. S. 39—46.

Vgl. noch Bolgiano a. a. O. S. 338.

Von der Replikschrift.

§. 213.

Replicatio wurde im älteren Röm. Rechte eben so wenig jede Einwendung des Klägers gegen eine von dem Beklagten vorgeschützte exceptio genannt, als jede Einwendung des Bekagten gegen die actio den Namen exceptio führte; sondern replicationes waren nur, wie sie auch Paulus wörtlich beschreibt: „*exceptionis* exceptiones."

Fr. 22. §. 1. D. 44. 1.

Vgl. Fr. 2. §. 1. D. eod.

und überhaupt:

Gaj. IV. 126—129. Tit. Instit. 4. 14.

Wenn sich daher der Kläger darauf berief, daß das Exceptionsrecht des Beklagten ipso jure nichtig oder wieder aufgehoben worden sey, so war Dieses eben so wenig eine wahre replicatio, als es eine exceptio war, wenn sich der Beklagte zu seiner Vertheidigung gegen die Klage auf solutio berief.

Sowohl hinsichtlich des materiellen Begriffes, als der formellen Behandlung wurde daher die replicatio der exceptio analog gehalten; nur daß die Clausel, vermittelst welcher die replicatio der formula eingefügt wurde, nicht eine negative Fassung erhielt, wie die exceptio, sondern, weil sie selbst wieder eine Ausnahme von der exceptio bildete, — eine positive, affirmative (z. B. Si inter AA et NN non convenit, ne ea pecunia peteretur [Exceptio], *aut si* postea convenit, ut eam pecuniam petere liceret etc. [Replicatio]).

S. Puchta, Instit. II. S. 156.

v. Savigny, Syst. V. S. 189 flg.

Formularprozess eingeführt durch d. lex aebutia 1. Haelfte d. 6. Jhdt. u. c.

Keller Röm. Civilproc. I. S. 153 flg.
v. Helmolt a. a. O. S. 208 flg.
Wetzell, Syst. des ord. Proc. I. §. 18.

Aus denselben Gründen aber, welche oben in der Geschichte der Exceptionen angedeutet worden sind, ist auch hier der engere Begriff der replicatio mit dem einer anderen auf selbständigen Thatsachen beruhenden Vertheidigung des Klägers gegen die Einreden des Beklagten zusammengeflossen; — so daß man gegenwärtig jedesmal von einer Replik spricht, so oft der Kläger, um eine Einrede zu entkräften, eine neue Thatsache anführt, ohne Rücksicht darauf, ob der engere Römische Begriff der replicatio darauf paßt oder nicht. — Ja der Ausdruck „Replik" hat in unserer Gerichtssprache einen noch allgemeineren Begriff erhalten, indem man mit diesem Worte den ganzen Vortrag des Klägers zu bezeichnen pflegt, durch welchen er seine Klage gegen die Anfechtungen des Beklagten aufrecht zu erhalten sucht (Replik = Replikschrift).

Nimmt man das Wort in diesem weitesten Sinne, so richtet sich der Inhalt dieses Vortrages nach dem jedesmaligen Inhalte der Vertheidigungsschrift des Beklagten, und da die allgemeine Form, in welcher der Beklagte die Klage angreifen kann, eine dreifache ist (nämlich durch rechtliche Gegendeduction, durch Läugnen der thatsächlichen Behauptungen oder durch Einreden), so ist auch die Replikschrift in ihren möglichen Richtungen nach diesen drei Seiten hin zu betrachten. Was nun

A. das Verhalten des replicirenden Klägers gegenüber einer rechtlichen Gegendeduction des Beklagten betrifft, so kann dasselbe nur wieder in einer Deduction bestehen, in welcher der Kläger durch stärkere Rechtsgründe oder wissenschaftliche Argumente die Ansicht

des Beklagten zu widerlegen und jenes Princip zu rechtfertigen sucht, auf welches er seine Klage gebaut hat.

B. Hat der Beklagte die thatsächlichen Behauptungen geläugnet, welche der Klage zu Grunde liegen, so kann ihm der Kläger nur mit der Erklärung entgegentreten, daß er bereit sey, den Beweis dieser Behauptungen zu übernehmen. Eine Verbindlichkeit aber, den Beweis selbst schon jetzt anzutreten (zu anticipiren), hat der Kläger nicht. — Sollten übrigens die widersprochenen Thatsachen irrelevant, oder von der Art seyn, daß der Beweis derselben nicht dem Kläger, sondern vielmehr dem Beklagten der Beweis ihrer Nichteristenz obliegt, so ist hierüber das Geeignete in der Replikschrift vorzutragen.

C. Gegen vorgebrachte Einreden endlich hat sich der Kläger eben so zu verhalten, wie der Beklagte der Klage gegenüber. Er ist daher

a) verpflichtet, sich über die Wahrheit oder Unwahrheit der einer jeden Einrede zu Grunde liegenden Thatsachen bestimmt und speciell zu äußern — (sich gleichsam auf jede Einrede bejahend oder verneinend einzulassen); er kann sich aber auch

b) durch rechtliche Gegendeduction, d. h. durch die Nachweisung, daß die vorgeschützte Einrede gesetzlich gar nicht begründet sey; sowie endlich

c) wieder durch Einreden gegen die Einreden (Repliken im eigentlichen Sinne) zu vertheidigen suchen; in welchem Falle er dieselben Grundsätze zu beobachten hat, welche auch der gegen die Klage excipirende Beklagte beobachten muß.

Obgleich übrigens in diesem letzten Falle die ältere Röm. Distinction zwischen exceptio und defensio jetzt nicht mehr beachtet wird, so ist doch nicht außer Acht zu

lassen, daß auch heutzutage die Replikschrift nur den Zweck hat, die ursprüngliche Klage aufrecht zu halten. Wenn daher der Kläger zwar eine neue selbständige Thatsache anführen kann, welcher gegenüber er die Einrede des Beklagten nicht zu fürchten hat, die aber doch nicht die ursprüngliche Klage retten, sondern nur eine neue Klage begründen kann, so eignet sich diese Thatsache eigentlich nicht zu einem Replicationsstoffe, sondern zu einer Klageänderung.

v. Helmolt a. a. O. S. 211 flg.
Wetzell a. a. O. §. 18. Nr. 1.

Indessen wird es freilich in der Praxis mit dieser Unterscheidung nicht so genau genommen, sondern, — um Wiederholungen zu vermeiden, — statt der Anordnung eines neuen Verfahrens das bisherige fortgesetzt.

S. oben S. 615.

In Beziehung auf die von dem Beklagten vorgebrachten dilatorischen Einreden ist übrigens noch zu bemerken, daß der Kläger, wenn er sie nicht widersprechen oder widerlegen kann, am besten thut, ihnen sofort abzuhelfen, oder wenn auch Dieses nicht möglich seyn sollte, von der Fortsetzung des Verfahrens abzustehen.

Enthält die Vertheidigungsschrift des Beklagten auch eine Widerklage, so hat sich der Beklagte dieser gegenüber eben so zu verhalten, wie der Beklagte der Klage gegenüber.

Aber gegen die Widerklage abermal eine Widerklage zu erheben, ist in Folge der Eventualmaxime nicht erlaubt (reconventio reconventionis non datur), wenn nicht etwa die anzubringende Gegenwiderklage aus demselben Geschäfte abgeleitet wird, aus welchem die Widerklage selbst entsprungen ist.

Vergleiche hierüber:

v. Gönner, Hdb. I. 25. §. 10.

A. M. ist v. Linde in s. Zeitschr. I. S. 325.

Dagegen aber:

Sartorius, die Lehre von der Widerklage S. 204 flg.

Vgl. noch: Schmid, Hdb. II. §. 102 S. 70.

Eine noch mehr in das Detail gehende Casuistik hinsichtlich der Einrichtung der Replikschrift gibt:

Schmid, Hdb. §. 104.

Von dem Decrete auf die Replik.

§. 214.

Die richterliche Verfügung auf die Replik besteht gewöhnlich darin, daß dieselbe dem Beklagten ad duplicandum binnen einer bestimmten Frist mitgetheilt und dem Kläger hievon Nachricht gegeben wird.

Diese Verfügung läßt sich jedoch nur insoferne rechtfertigen, als in diesem Vortrage eigentliche Repliken vorkommen.

Denn außerdem ist die Mittheilung ad duplicandum ebenso zwecklos, als die Mittheilung einer Vertheidigungsschrift ad replic., welche nur eine Einlassung auf die Klage enthält. Es könnte daher in diesem Falle unbedenklich das erste Verfahren geschlossen, und dem Beklagten die Replikschrift nur zur Wissenschaft mitgetheilt werden.

Allein die irrige Meinung, als ob dadurch die Rechtsgleichheit der Parteien, oder der Grundsatz verletzt würde, daß dem Beklagten das letzte Wort gebühre, hat in der Praxis Veranlassung dazu gegeben, daß jede

Replikschrift, sie mag nun enthalten was sie wolle, dem Beklagten noch ad duplic. mitgetheilt wird.

S. v. Grolman, Theorie des ger. Verf. §. 180.

Enthält die Replik auch eine fehlerfreie Reconventions-Exception, so wird der Beklagte in dieser Hinsicht ad replicandum aufgefordert.

Folgen des Ungehorsams in Ansehung der Replik.

§. 215.

Da auch nach neuerem Röm. Rechte das erste Verfahren nicht, wie jetzt in regelmäßigen Abschnitten und Fristen (ad excip. replic. etc.) fortgeleitet, sondern nach angebrachter und dem Beklagten mitgetheilter Klage ein Termin zur mündlichen Verhandlung der Sache überhaupt bestimmt wurde, so kann begreiflich von den Folgen des Ungehorsams in Ansehung der Replik insbesondere in demselben nichts vorkommen, sondern es kann nur von den Folgen der unterlassenen Fortsetzung der Sache überhaupt die Rede seyn. Hierauf beziehen sich nun vorzugsweise zwei Verordnungen von Justinian, nämlich c. 13. §. 2. C. 3. 1. und Nov. 112. c. 3. Die erste setzt den Fall voraus, wenn der Kläger nach bereits geschehener L. C. ausblieb, und bestimmt, daß hier der Richter auf Begehren des Beklagten nach dreimaliger fruchtloser Vorladung des Klägers die acta prüfen, und nach Befund der Sache das Endurtheil fällen, oder wenn sie hiezu noch nicht reif wäre, den Beklagten „ab observatione judicii relaxare," jedenfalls aber dem ungehorsamen Kläger die Kosten aufbürden soll. Die Nov. 112 spricht überhaupt von dem Ungehorsame des Klägers nach

angestellter und dem Beklagten mitgetheilter Klage, ohne Unterschied, ob die Streithandlungen selbst schon begonnen haben oder nicht. Hier ist nun bestimmt, nach fruchtloser dreimaliger Vorladung des Klägers soll demselben noch eine Jahresfrist gegönnt seyn. — Erschiene er auch während dieses Jahres noch nicht, so soll der Richter die allegationes des Beklagten prüfen, und darnach das Urtheil fällen. Erschiene er aber, so soll er vor Allem angehalten werden, dem Beklagten die bisher verursachten Kosten zu vergüten, und, wenn er nach deren Vergütung die Sache abermal liegen lassen würde, so soll er zur Strafe sein Klagerecht gänzlich verlieren (ab omni cadere actione). S. Bethmann = Hollweg Hdb. I. S. 294 flg. Das canonische Recht verordnete, daß ein Kläger, welcher die Vorladung des Beklagten ausgewirkt hätte, und sodann im Verhandlungstermine selbst ausgeblieben wäre, nicht nur dem Beklagten die Kosten ersetzen, sondern auch mit dem erneuerten Gesuche um Vorladung seines Gegners nicht eher gehört werden soll, als bis er Caution geleistet haben würde, daß er dießmal erscheinen werde. vgl. pg. 98 flg.

c. 1. in 6to 2. 6.

Auf Verlangen des Beklagten dürfe aber der Richter auch absente actore das Verfahren in der Hauptsache fortsetzen und das Urtheil fällen.

c. 3. X. 2. 14.

Von den deutschen Reichsgesetzen gehören vorzüglich hieher die

C. G. O. 1523. VI. §. 1.

C. G. O. 1555. p. III. tit. 42, und

J. R. A. §. 44, worin die Vorschrift der C. G. O. von 1555 neuerdings bestätigt wurde.

Unverkennbar sind darin im Wesentlichen die Bestimmungen der c. 13. C. 3. 1. und der Nov. 112. c. 3. zu Grunde gelegt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob durch die Novelle die c. 13. C. in dieser Beziehung als aufgehoben zu betrachten sey oder nicht.

Die C. G. O. v. 1555, auf welche es jetzt zunächst ankommt, unterscheidet drei Fälle:

1) Der Kläger bleibt in term. citationis aus, ohne vorher seine Klage umständlich vorgebracht zu haben;
2) er erscheint nicht nach bereits vorgebrachter Klage;
3) er ist ungehorsam, nachdem auch die L. C. schon geschehen ist.

In dem ersten Falle kann der Beklagte um Lossprechung von der Instanz und um Verurtheilung des Klägers in die Kosten bitten; in dem zweiten Falle ist ihm die Wahl gegeben, entweder das nämliche Gesuch zu stellen, oder litem zu contestiren, die Hauptsache allein fortzusetzen, und auf ein Endurtheil anzutragen; in dem dritten Falle endlich soll der Richter auf Begehren des Beklagten ebenfalls „mit endlicher Erkanntnuß fürfahren," den Ungehorsamen aber auf jeden Fall in die Kosten verurtheilen, er möge nun in der Hauptsache unterliegen oder nicht.

Da nun der erste Fall jetzt nicht mehr vorkommt,

S. Goldschmidt Abth. I.

so stellt man es dem Beklagten überhaupt frei, im Falle des Ungehorsames des Klägers entweder auf Lossprechung von der Instanz, oder auf Fortsetzung der Hauptsache und endliche Entscheidung derselben anzutragen. A. M. ist v. Linde, Lehrb. §. 230. not. 8. Dagegen aber: Schmid, Hdb. II. S. 84. Wählt der Beklagte den ersten Weg, so wird der Kläger zugleich in die bisheri-

gen Kosten condemnirt, und, wenn er die Klage nachher fortsetzen will, so muß er nach c. 1. in 6. 2. 6. cautionem de lite prosequenda leisten. — Verlangt aber der Beklagte die Fortsetzung der Hauptsache, so ist der Kläger von der Theilnahme an den fernern Verhandlungen z. B. am Beweisverfahren keineswegs ausgeschlossen; ja die Ladungen und Aufträge werden jetzt in dem Verlaufe des Processes ebenso regelmäßig an ihn erlassen, als wenn er in Ansehung der Replik nicht ungehorsam gewesen wäre. — Eben dieser Umstand führt aber zu der Frage, worin denn (abgesehen vom Kostenersatze) eigentlich die Folgen der Versäumung der Frist ad replic. selbst bestehen? Diese Frage ist in den Gesetzen zwar nicht ausdrücklich entschieden, allein sie wird mit Recht nach der Analogie der Bestimmungen über die Folgen der contum. in excip. dahin beantwortet, daß die etwa vorgebrachten Einreden als verneint anzunehmen, die eigentlichen Repliken aber als präcludirt zu betrachten seyen.

Vgl. über das Ganze:
v. Grolman, §. 179.
Gensler, Com. I. S. 288.
Schmid, Hdb. II. §. 105.

Von der Duplikschrift.

§. 216.

Der Zweck der Duplikschrift besteht im Wesentlichen darin, den Einwendungen, welche der Kläger in seiner Replik der ersten Vertheidigung des Beklagten entgegengesetzt hat, zu begegnen, so weit es jetzt vor dem Be-

weisverfahren schon geschehen kann. Was daher in der Replik gar nicht angefochten wurde, braucht hier nicht mehr wiederholt zu werden. — Hieraus ergeben sich folgende Regeln:

1) Hat der Kläger einer dilatorischen Einrede abzuhelfen gesucht, dem Beklagten scheint aber die Abhülfe ungenügend zu seyn, so ist Dieses in der Duplik gehörig auszuführen.

2) Rücksichtlich der Einlassung auf die Klage ist eine weitere Erörterung in der Duplik nur dann nothwendig oder zweckmäßig, wenn entweder der Kläger dieselbe als unvollständig geschehen darzustellen, oder die Ansicht des Richters über die Beweislast irre zu leiten suchte.

3) Rücksichtlich der von dem Kläger vollzogenen Einlassung auf die peremtorischen Einreden pflegt man zwar die hiebei vorkommenden Geständnisse auch hier ausdrücklich zu acceptiren; nothwendig wäre Dieses aber eben so wenig, als bei Geständnissen in Ansehung der Klage. — Gegen verneinende Einlassungen ist eine weitere Erklärung in der Duplik zwecklos, — wenn anders gegen die Vollständigkeit und Form derselben nichts einzuwenden ist.

4) Hat aber der Kläger eigentliche Repliken vorgeschützt, so muß sich der Beklagte eben sowohl darauf einlassen, wie Dieses dem Kläger in Ansehung der Exceptionen oblag; — und außerdem kann er auch den Repliken wieder neue Exceptionen entgegensetzen, Dupliken im wahren Sinne, von welchen übrigens analog Dasselbe gilt was oben (§. 213) von den Repliken bemerkt worden ist. §. 1, J. 4. 14. Ueber den Röm. Sprachgebrauch vgl. v. Savigny Syst. V. S. 193.

In Beziehung auf eine etwa angebrachte Widerklage trifft übrigens den Beklagten (als Widerkläger) jetzt erst die Reihe zum Repliciren.

Decret auf die Duplik und weiteres Verfahren.

§. 217.

Mit der Duplik wird in der Regel das erste Verfahren für geschlossen erklärt, und folglich die Duplikschrift dem Kläger nur zur Nachricht mitgetheilt. — Eine nochmalige Anfrage von Seite des Richters an die Parteien, ob sie nichts Neues mehr vorzubringen haben, und eine ausdrückliche Erklärung von Seite der Letzteren, daß sie es bei den bisherigen Vorträgen bewenden lassen wollen (Hintersetzung zum richterlichen Spruche, Submission), wie solche im Röm. Rechte wenigstens vor der Fällung des Endurtheils angeordnet war,

c. 9. C. 3. 1. Auth. „Jubemus" eod.

ist bei der jetzigen Beschaffenheit des Verfahrens nicht nicht nur nicht nothwendig, um die Acten schließen zu können, sondern es würde selbst eine pflichtwidrige Verzögerung der Sache von Seite des Richters seyn, wenn er die Beendigung des Schriftenwechsels von der Willkür der Parteien abhängig machte.

Gönner, Erörter. Nro. 23.

Im canonischen Rechte und in den Reichsgesetzen kommen zwar noch ausdrückliche Bestimmungen über den Beschluß zum Erkenntnisse im Sinne des Röm. Rechtes vor,

can. 11. Caus. 30 qu. 5.
C. G. O. v. 1555. III. Tit. 21 flg.
J. R. A. §. 55 und 153.

und die conclusio causae ist in mancher Beziehung als ein praktisch bedeutender Moment hingestellt, z. B. in

c. 5. in f. X. 2. 12.

c. 9 u. 10. X. 2. 22.

Allein die in diesen Stellen bezeichneten Wirkungen werden jetzt nicht mehr von einer etwa nothwendigen, ausdrücklichen Erklärung der Parteien abhängig gemacht, sondern treten von selbst ein, sobald der Richter nach den allgemeinen Grundsätzen über die Zahl der Parteivorträge oder über die Folgen des Ungehorsams die Acten als vollständig zum Spruche instruirt erachtet.

Die Regel, daß mit der Duplik der Actenschluß angenommen werden dürfe, unterliegt übrigens mehreren Beschränkungen.

I. Zuweilen ist der Richter schon früher dazu berechtigt, — nach der Ueberreichung der Replik, ja selbst nach der ersten Vertheidigung des Beklagten. Unter gewissen Voraussetzungen darf aber

II. auch nach übergebener Duplik der Actenschluß noch nicht erkannt werden, nämlich:

1) wenn in dem Vortrage derselben wesentliche Mängel vorkommen, welche noch verbessert werden müssen;
2) wenn wahre Dupliken darin enthalten sind. Denn in diesem Falle muß dem Kläger noch Gelegenheit zum Tripliciren gegeben werden, weil eine Einlassung auf die Dupliken für den Richter nothwendig, und wieder eine wahre Triplik dagegen möglich ist, die dem Kläger nicht entzogen werden darf;
3) wenn der Beklagte in der Duplikschrift eine zwar verspätete, aber doch aus irgend einem Grunde noch zulässige Einrede nachgetragen hat;

4) wenn diese Schrift zugleich eine Reconventions=replik enthält, indem in diesem Falle der Kläger, als Widerbeklagter unter Umständen erst noch zum Dupliciren in reconventione aufgefordert werden muß.

Endlich

III. kann auch zuweilen die Wiederaufhebung des wirklich schon decretirten Actenschlusses nothwendig werden, nämlich

1) dann, wenn der Richter erst jetzt bei der Durchsicht und Prüfung der Acten gewahr wird, daß die Streitfrage noch nicht gehörig aufgeklärt ist; — ein Fall, der sich freilich kaum ereignen könnte, wenn der Richter jede einzelne Schrift sogleich prüfen, und auf Verbesserung der darin vorkommenden Fehler bestehen würde;

c. 10. X. 2. 22.

2) wenn eine Partei ein jetzt noch zulässiges thatsächliches Novum vorbringt, und deßhalb um Aufhebung des Actenschlusses bittet,

J. R. A. §. 78.

welche jedoch nur nach genauer Prüfung der Gründe, und mit Beschränkung der weiteren Verhandlungen bloß auf die neuvorgebrachten Behauptungen bewilliget werden soll.

Nach dem Actenschlusse wird von dem Richter das erste Urtheil gefällt und zur Publication desselben unter Vorladung beider Parteien ein Termin angesetzt.

Vgl. überhaupt: Schmid, Hdb. II. §. 107. u. §. 108.

Von dem Urtheile auf das erste Verfahren.

§. 218.

Das erste richterliche Erkenntniß muß sich zwar in der Regel über alle erheblichen Punkte verbreiten, welche einen Gegenstand der bisherigen Verhandlungen ausmachten. Diese Regel unterliegt jedoch einigen Beschränkungen. Es ist nämlich zu unterscheiden, ob sich der Beklagte unbedingt und ohne eine dilatorische Einrede vorzuschützen, auf die Klage eingelassen, oder ob er solche Einreden angebracht und daher litem nur eventualiter contestirt hat. — In dem ersten Falle muß allerdings auf einmal über alle Streitpunkte erkannt werden, d. h. nicht etwa bloß über die Klage allein, sondern a uchüber die peremtorischen Einreden, Repliken, Dupliken u. dgl. — In dem zweiten Falle dagegen kommt es theils auf die Beschaffenheit der dilatorischen Einreden, theils darauf an, welches Resultat die bisherigen Verhandlungen in Bezug auf diese Einreden geliefert haben. Die möglichen Fälle sind folgende:

I. Der Beklagte hat eine solche dilatorische Einrede vorgeschützt, welche ihn kraft gesetzlicher Bestimmung, oder schon ihrem Inhalte nach von der Verbindlichkeit, litem zu contestiren, befreite. — In diesem Falle wird, wenn

1) die Einrede am Schlusse des ersten Verfahrens als vollkommen begründet und liquid erscheint, die Klage schon um deßwillen entweder von diesem Gerichte, oder angebrachtermaßen abgewiesen; der Richter braucht daher in dem Urtheile auf die Hauptsache gar nicht einzugehen. — Eben so wenig wird

2) dann schon jetzt in der Hauptsache gesprochen, wenn in Bezug auf eine Einrede dieser Art noch ein Beweis nothwendig ist, indem man in diesem Falle vorläufig bloß auf diesen Beweis allein erkennt. Nur dann, wenn sich

3) die Einrede schon jetzt als offenbar unstatthaft darstellt, wird in dem Urtheile, nach Verwerfung derselben, in der Hauptsache selbst erkannt, vorausgesetzt, daß der Beklagte bereits event. litem contestirt hat; denn sonst müßte ihm jetzt erst aufgelegt werden sich einzulassen.

II. Der Beklagte hat eine einfache verzögerliche Einrede vorgeschützt. — Auch hier ist wieder zu unterscheiden:

1) Die Einrede ist begründet und liquid, aber gleichwohl noch nicht beseitiget. Unter diesen Voraussetzungen kommt es darauf an, ob ihr in diesem Verfahren noch abgeholfen werden kann, oder ob das Gegentheil davon jetzt schon gewiß ist. In dem letzten Falle erfolgt ohne weiters die Abweisung der Klage (zur Zeit oder angebrachtermaßen, je nachdem es der Inhalt der Einrede mit sich bringt), und die Hauptsache bleibt begreiflich ganz unberührt. — In dem ersten Falle aber wird dem Kläger aufgegeben, der Einrede binnen einer bestimmten Frist abzuhelfen, und zugleich für diesen Fall in der Hauptsache selbst das Geeignete erkannt.

2) Die Einrede ist zwar rechtlich begründet, allein es erscheint in Ansehung derselben noch ein Beweis als nothwendig. — Auch hier pflegt man mit dem Beweisinterlocute event. schon das Erkenntniß in der Hauptsache zu verbinden. Zweckmäßiger dürfte

es jedoch in manchen Fällen seyn, das Erkenntniß in der Hauptsache so lange aufzuschieben, bis der Beweis geliefert ist.

3) Die Einrede erscheint als unbegründet. Dann wird sie entweder ausdrücklich oder stillschweigend verworfen und sofort in der Hauptsache erkannt. — Sollte endlich

4) einer dilatorischen Einrede bereits im Laufe des ersten Verfahrens vollständig abgeholfen worden seyn, so wird im ersten Urtheile kurz hievon Erwähnung gemacht, und ebenfalls in der Hauptsache gesprochen.

Vgl. Martin, §. 175.

Das Erkenntniß in der Hauptsache selbst, d. h. über den Anspruch des Klägers an sich, dann über peremtorische Einreden, Repliken, Dupliken u. s. w. kann übrigens bald ein bloßes Interlocut auf Beweis, bald auch schon ein lossprechendes oder condemnirendes Endurtheil seyn. Es kommt nämlich Alles darauf an, was sich nach sorgfältiger Prüfung und Vergleichung der in den bisherigen Vorträgen enthaltenen Behauptungen und Gegenbehauptungen als der eigentliche Streitpunkt herausstellt, von dem die Entscheidung der ganzen Sache abhängt.

Gestehen sich die Parteien das Factische gegenseitig vollkommen zu, und sind sie nur uneinig über die Auslegung und Anwendbarkeit eines Gesetzes oder eines Rechtssatzes, so wäre begreiflich ein Erkenntniß auf Beweis am unrechten Orte, weil die Auslegung des Gesetzes Sache des Richters ist. In diesem Falle kann und muß also sogleich definitiv entschieden werden.

Ist dagegen ein erhebliches Factum unter den Parteien noch streitig, so kann zunächst nur ein Beweisinterlocut erfolgen. — Die Anwendung dieser Sätze auf

die verschiedenen Lagen, in welchen sich die Sache nach dem Schlusse des ersten Verfahrens befinden kann, unterliegt keiner großen Schwierigkeit. Wenn nämlich

1) der historische Grund der Klage ganz oder doch zum Theile widersprochen wurde, so muß in der Regel immer auf Beweis erkannt werden, auch in dem Falle, wenn mit dem Widerspruche eine peremtorische Einrede verbunden wurde. Nur dann läßt man eine Ausnahme zu, wenn die peremtorische Einrede von dem Kläger selbst eingestanden, oder auf andere Art sogleich vollkommen liquid gemacht wurde, und derselben auch keine Replik entgegensteht. Denn in diesem Falle würde es eine zwecklose Verzögerung des Processes seyn, wenn man noch den Beweis der Klage fordern wollte, indem der Kläger doch auch nach der Herstellung dieses Beweises wegen der ihm entgegenstehenden und bereits erwiesenen Einrede unterliegen müßte. Diese Ausnahme ist jedoch auch nur dann zu rechtfertigen, wenn das Factum, aus welchem die Einrede entsprungen ist, nicht eben sowohl zur Begründung einer selbständigen Klage benützt werden könnte. Denn ist Dieses der Fall, so würde der Beklagte nach den Grundsätzen über die Rechtskraft durch jene Abkürzung die Möglichkeit verlieren, sein Recht noch durch eine Klage geltend zu machen, was er sich nicht gefallen zu lassen braucht, da er die Einrede nur event. vorschützte, auf den Fall nämlich, wenn die widersprochene Klage sollte erwiesen werden können, das Mißlingen des Beweises der Klage aber für sich schon und ohne Mitwirkung der Einrede die Lossprechung des Beklagten zur Folge haben muß.

2) Liegt eine widersprochene peremtorische Einrede vor, so muß ebenfalls auf Beweis erkannt werden, es mag nun eine Replik dagegen vorgebracht worden seyn

oder nicht. Nur vollkommen liquide, oder eingestandene Repliken ohne Duplik würden auch hier den Beweis der Einrede überflüssig machen u. s. f.

Vgl. Martin §. 176.

Außerdem sind in Ansehung des ersten Urtheiles noch folgende Modificationen zu bemerken:

a) Auf den Beweis einer Klage, Einrede, Replik und dergleichen darf nur dann erkannt werden, wenn ein Rechtsgrund für den in Frage stehenden Angriff oder Gegenangriff vorhanden ist. Denn fehlt dieser gänzlich, so ist der Antrag immer definitiv zu verwerfen, selbst dann, wenn die angegriffene Partei diesen Mangel nicht ausdrücklich gerügt, sondern nur den factischen Grund des Angriffes widersprochen hätte. Daher soll der Richter in Ansehung der Hauptsache immer vor Allem untersuchen, ob, wie man sich auszudrücken pflegt, die actio (und ebenso jede exceptio replica u. s. f.) fundata sey oder nicht.

b) Wenn ein Theil des klägerischen Anspruches am Schlusse des ersten Verfahrens schon zu einem Definitivurtheile reif ist, während der andere noch eine Beweisauflage nothwendig macht, so hat es kein Bedenken, daß hinsichtlich Dessen, was liquid ist, jetzt schon endlich, in Ansehung des Illiquiden aber auf Beweis erkannt werden dürfe, und zwar, was das Liquide betrifft, mit der Wirkung, daß deßhalb die Execution nicht bis zur Entscheidung des Illiquiden aufgeschoben zu werden braucht.

Fr. 21. D. 12. 1.

Insoferne aber den bis jetzt schon liquid gewordenen Forderungen des Klägers noch unerwiesene peremtorische Einreden des Beklagten entgegenstehen, kann jener keines-

wegs eine Trennung des Liquiden von dem Illiquiden verlangen, sondern muß gleichwohl zuwarten, bis auch die Einreden zur definitiven Entscheidung reif sind.

c. fin. C. 4. 31.

Sehr scharfsinnige Beobachtungen über den Inhalt des ersten richterlichen Urtheils im Allgemeinen mit Rücksicht auf die eigenthümliche Structur des deutschen Processes s. bei Planck, die Lehre von dem Beweisurtheil. Göttingen 1848. S. 234 bis 253.

Von dem Beweisinterlocute insbesondere. —

§. 219.

Die Grundsätze, welche der Richter zu beobachten hat, um ein richtiges Beweisinterlocut zu fällen, lassen sich am einfachsten durch die Beantwortung folgender drei Fragen entwickeln:

I. Worüber kann überhaupt ein Beweis gefordert werden?

II. Welcher Partei ist der Beweis aufzulegen? und

III. Wie ist der Beweissatz zu fassen?

Zu I.

Hinsichtlich der ersten Frage gilt im Allgemeinen der Grundsatz: ein Beweis kann nur gefordert werden über factische Behauptungen, welche einen wesentlichen Einfluß auf die Entscheidung der Sache haben, und von deren Wahrheit der Richter noch nicht juristisch überzeugt ist.

Aus diesem Grundsatze ergeben sich folgende Resultate:

A. Wenn sich eine Partei im Laufe des ersten Verfahrens zur Rechtfertigung ihrer Anträge auf ein bestimmtes Gesetz berufen hat, so ist zu unterscheiden, ob von dem Gegner die *formelle Existenz* dieses Gesetzes (die Promulgation), oder nur die Richtigkeit der von dem Alleganten versuchten *Auslegung* desselben bestritten wurde. In dem letzten Falle kann von einer Beweisauflage hierüber nicht die Rede seyn, weil die Auslegung und die Beurtheilung der Anwendbarkeit eines Gesetzes auf den vorliegenden Fall eine geistige Operation des Richters ist, welche nie anstatt von ihm selbst, von einem der streitenden Theile mit verbindender Kraft für den Richter vorgenommen werden darf. Nur dann würde eine Ausnahme zu machen seyn, wenn etwa das Bestehen einer bestimmten *Usualinterpretation* eines ausländischen Gesetzes von einer Partei behauptet, von der Gegenpartei aber widersprochen worden wäre; in welchem Falle aber auch nur die thatsächliche Existenz jener Interpretation den Gegenstand des Beweises bilden würde.

Wenn aber das äußere *Bestehen* des allegirten Gesetzes widersprochen wurde, so wäre zwar eine Beweisauflage hierüber insofern möglich, als die Promulgation eines Gesetzes eine historische Thatsache ist. Gleichwohl kann aber auch über diesen Punkt eine Beweisauflage nur dann stattfinden, wenn das formelle Bestehen des in Frage stehenden Gesetzes nicht ohnehin schon als gerichtsbekannt und notorisch zu betrachten ist.

Diese Notorietät bildet aber die *Regel*, weil sich die vor einem deutschen Gerichte streitenden Parteien in den meisten Fällen entweder auf Particulargesetze des

Landes, in welchem der Proceß geführt wird, — oder auf das gemeine deutsche Recht berufen, die formelle Existenz dieser Rechte und Gesetze aber (Reception oder Promulgation) für das Proceßgericht als notorisch gelten. Nur in zwei Fällen tritt eine Ausnahme ein, nämlich

1) bei Privilegien im engeren Sinne des Wortes, weil die Existenz eines Privilegiums, wenn dasselbe nicht etwa in den Amtsblättern öffentlich bekannt gemacht wurde, nicht notorisch ist;

Fr. 5. pr. D. 22. 3.

und

2) bei ausländischen Gesetzen, weil der inländische Richter keine officielle Kenntniß von der Promulgation solcher Gesetze erhält, und weil ihm gemäß seiner speciellen Amtsverpflichtung strenge genommen auch nicht zugemuthet werden kann, sich aus eigenem Antriebe davon Kenntniß zu verschaffen. Eine Pflicht zu solchen Officialrecherchen läßt sich weder aus c. 44. X. 2. 28., noch aus §. 96 des J. R. A. ableiten.

A. M. ist Schmid, Hdb. II. S. 14. not. 13.

Indessen sind doch auch in Fällen dieser Art noch einige Modificationen zu bemerken. Wenn nämlich

a) der Richter zufällig schon eine vollkommen sichere Kunde von der Existenz und von dem Inhalte des in Frage stehenden ausländischen Gesetzes besitzt, so kann er auch darauf hin, ohne vorgängige Beweisauflage, in der Sache urtheilen.

b) Jedenfalls steht dem Richter das Recht zu, auch aus eigenem Antriebe zu diesem Zwecke Nachforschungen anzustellen, und wenn diese einen befriedigenden Erfolg haben, so kann die Beweisauflage unterbleiben.

c) Wenn er in dieser Hinsicht einer Beihülfe von Seite der Partei bedarf, so ist er mit der Aufforderung

hiezu nicht an die Stelle des Verfahrens gebunden, welche das Beweisinterlocut in der Hauptsache einnimmt, sondern er kann diese Aufforderung zu jeder Zeit erlassen.

Sollte übrigens nicht die Existenz eines Gesetzes, sondern einer Rechtsgewohnheit, oder eines Localstatuts in Zweifel gezogen werden, so kann aus den vorhin angeführten Gründen eine Beweisauflage für den Richter öfter nothwendig erscheinen, als bei allgemeinen und öffentlich promulgirten Gesetzen. Nur bei solchen Gewohnheiten und Localstatuten, deren Existenz in dem eigenen Bezirke des angerufenen Richters behauptet wird, ist dieser gemeinrechtlich zur Selbstnachforschung verpflichtet, nicht aber auch bei Gewohnheiten und Statuten außerhalb seines Bezirkes, gesetzt auch, daß sie noch als inländische bezeichnet seyn sollten.

Fr. 3. §. 6. D. 22. 5.

c. 1. in 6to I. 2.

Vgl. über das Ganze:

G. Friedrich Puchta, Gewohnheitsrecht II. Thl. S. 187 flg.

Vergl. Weber, über Verb. zur Beweisführung S. 18 flg.

J. W. Planck, die Lehre vom Beweisurtheil S. 254 flg.

G. W. Wetzell, Syst. I. S. 111. Nr. 2.

Nicht zu verwechseln mit der Beweisauflage über die Existenz eines allgemeinen Rechtssatzes ist die Beweisauflage über das Begründetseyn eines Rechtsverhältnisses in einem concreten Falle. In der Regel soll zwar allerdings der Beweissatz auch nicht auf dergleichen Verhältnisse, sondern auf die natürlichen Thatsachen gerichtet werden, welche die unmittelbare Grundlage

der Entstehung derselben in concreto bildeten. Indessen ist doch diese Regel nicht ohne Ausnahme.

Planck a. a. O. S. 275 flg.

B. Auch über thatsächliche Behauptungen soll ein Beweis nicht aufgelegt werden, wenn sie unerheblich (irrelevant) sind, d. h. wenn die Wahrheit oder Unwahrheit derselben auf die Entscheidung der Hauptsache keinen Einfluß hat.

arg. J. R. A. §. 50.

Die sehr bestrittene Frage, ob ein Interlocut mit irrelevanten Beweissätzen nicht doch rechtskräftig werde, hängt von der Entscheidung der allgemeinen Frage ab, ob das Beweisinterlocut überhaupt der Rechtskraft fähig sey, welche später bei der Untersuchung der Natur dieses Interlocuts erörtert werden wird. Die Frage aber, ob auch nur mittelbar relevante Behauptungen in das Interlocut aufzunehmen seyen, wird unten bei den Regeln über die Fassung des Beweissatzes berührt werden.

Die Relevanz der thatsächlichen Behauptungen vorausgesetzt, ist es übrigens gleichgültig, ob dieselben affirmativ oder negativ lauten, d. h. ob sie darin bestehen, daß etwas geschehen oder nicht geschehen sey. — Nur bei der Vertheilung der Beweislast hat dieser Unterschied in so fern einen entscheidenden Einfluß, als nicht jene Partei, welche der angreifenden Behauptung ihres Gegners einen Widerspruch entgegensetzte, zuerst mit dem Beweise hervortreten muß, sondern der angreifende Gegner selbst. In Beziehung auf die hier allein zu beantwortende Frage aber, über welche Behauptungen — objectiv betrachtet — ein Beweis aufgelegt werden könne oder nicht, ist jener Unterschied unerheblich. — Zwar haben schon die Glossatoren der Regel „negationis nulla est probatio“ eine viel allgemeinere Bedeutung

beigelegt, indem sie behaupteten, daß ein negatives Assert überhaupt nicht zum Gegenstande einer Beweisauflage gemacht werden dürfe, selbst dann nicht, wenn es zur Begründung eines selbständigen processualischen Angriffes aufgestellt worden wäre. Diese Ansicht der Glossatoren ist nicht nur bis zum Anfange des gegenwärtigen Jahrhunderts die vorherrschende geblieben, sondern hat auch noch in der neuesten Zeit, nachdem A. D. Weber in seinem bekannten Werke über die Verbindlichkeit zur Beweisführung der entgegengesetzten Ansicht Eingang verschafft hatte, wieder scharfsinnige Vertheidiger gefunden:

Klötzer, Versuch eines Beitrages zur Berichtigung der Lehre von der Beweislast. 1813.

Kori im Arch. f. civ. Prax. VIII. S. 90 flg.

Vorzüglich aber:

Dr. Theob. Rizy, über die Verbindl. zur Beweisführung im Civilproc. Wien 1841.

Wenn man aber die gegenseitig vorgebrachten Gründe einer unbefangenen Prüfung unterwirft, so stellt sich die Weber'sche Theorie immer noch als diejenige dar, welche den Vorzug verdient. Denn die Hauptgründe für die entgegengesetzte Ansicht sind folgende:

1) die in mehreren Stellen des Röm. und des canonischen Rechts vorkommende Bemerkung: „Negantis factum per rerum naturam nulla est probatio“;

c. 23. C. 4. 19.
c. 10. C. 4. 30.
c. 2. C. 6. qu. 5.
c. 23. X. 1. 6.
c. 11. 2. 19.

2) die schon von den Glossatoren aufgestellte Meinung, daß der Beweis einer Negative schon nach der Natur der Sache nicht möglich sey;

S. die Glosse zu c. 23. C. 4. 19.

und endlich

3) die besonders von den neuesten Vertheidigern der älteren Theorie geltend gemachte Ansicht, daß für jeden (real) verneinenden Satz, welcher keine Bejahung einschließt, die Vermuthung streite.

Rizy a. a. O. §. 25.

Allein was zunächst

Zu 1.

die allegirten Stellen des Römischen Rechts betrifft, so bestimmen diese, wenn man die in denselben berührten Fälle in das Auge faßt, in der That nichts anderes, als daß die Beweislast dem Kläger und nicht dem widersprechenden Beklagten obliege. Der hiefür ohnehin nur beiläufig, und nicht in dispositiver Form angeführte Grund „cum per rerum naturam etc." ist daher zunächst auch nur auf jene Bestimmung zu beziehen. — Dasselbe gilt auch von dem mit der c. 23. C. 4. 19. beinahe wörtlich übereinstimmenden c. 2. C. 6. qu. 5. — In dem c. 11. X. 2. 19. soll aber durch die Hinweisung auf die Unmöglichkeit, die Richtigkeit eines von dem Richter allein aufgenommenen Protokolls durch einen directen Beweis anzufechten, nur die allgemeine Verordnung gerechtfertigt werden, daß der Richter künftighin bei den gerichtlichen Verhandlungen einen Actuar beizuziehen verpflichtet seyn soll. Die Stelle handelt daher gar nicht von einer Beweisauflage unter den streitenden Theilen. — Ebensowenig kann dem Inhalte des c. 23. X. 1. 6. ein entscheidendes Gewicht in dieser Streitfrage beigelegt werden, indem hier der Papst zur Motivirung seines Ausspruches in einer bestrittenen Wahlangelegenheit nur unter anderen, ungleich wichtigeren Gründen nebenher auch die Bemerkung einfließen

läßt, daß die Unterlassung der Citation ohnehin nicht „de facili“ würde bewiesen werden können.

Daß das canonische Recht von dem Grundsatze des Röm. Rechts, dem zufolge der Kläger (überhaupt der selbständig angreifende Theil) den Grund seines Angriffes zu beweisen hat, auch in dem Falle nicht abweichen wollte, wenn der Grund des Angriffes in einer verneinenden Behauptung bestand, ergibt sich sogar aus einigen ausdrücklich hiefür sprechenden Stellen.

c. 5. X. 1. 9.

c. 14. X. 2. 22.

Vergl. über die Interpretation der bisher angeführten Stellen: C. Christ. Collmann, Grundlinien einer Theorie des Beweises. Braunschweig 1822. S. 48—61.

v. Linde in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. I. S. 94 flg.

Zu 2.

Die Meinung, daß der Beweis einer Negation an sich schon unmöglich sey, ist jedenfalls vollkommen unbegründet. Bestünde wirklich eine absolute Unmöglichkeit dieser Art, so würde wohl die in Frage stehende Controverse nie entstanden seyn. Abgesehen davon, daß das Nichtgeschehenseyn einer Handlung oder Thatsache sehr oft auf indirecte (künstliche) Art bewiesen werden kann, (z. B. in Folge der bekannten exceptio alibi); läßt sich dasselbe in solchen Fällen, in welchen das Nichtgeschehenseyn auf bestimmte engere Zeit- und Ortsgränzen beschränkt ist, nicht selten auch direct beweisen; und sollte es hiezu an ordentlichen Beweismitteln, z. B. Zeugen oder Urkunden, fehlen, so würde in der Regel wenigstens die Eideszuschiebung zu Hülfe genommen werden können. — Die vielleicht in einem einzelnen Falle zufällig eintretende

Unmöglichkeit kann aber hier ebensowenig einen rechtlichen Befreiungsgrund bilden, als bei affirmativen Behauptungen, über welche zuweilen zufällig auch kein Beweis hergestellt werden kann. Eine auffallende Erscheinung ist es übrigens, daß man an dem Glauben an die Unmöglichkeit eines negativen Beweises festhalten konnte, während man doch täglich directe Gegenbeweise in den Urtheilen vorbehielt, und selbst gelungene directe Gegenbeweise zu würdigen oft genug Gelegenheit hatte.

Dem canonischen Rechte scheint zwar allerdings bei der öfter wiederholten Bemerkung „cum *per rerum naturam* etc." der Gedanke einer solchen Unmöglichkeit vorgeschwebt zu haben. Allein daß es demselben doch nicht unbedingt traute, beweisen die restringirenden Zusätze, welche gewöhnlich jener allgemeinen Bemerkung beigefügt sind, z. B. „nulla *directa* probatio," — „*quandoque* non potest;" „*non de facili.*"

c. 11. X. 2. 19.

c. 23. X. 1. 6.

c. 1. in 6to 2. 9. (in welcher Stelle sogar negative Positiones ausdrücklich zugelassen werden).

Aus diesen Gründen hat auch der neueste Vertheidiger der älteren Theorie das Unmöglichkeitsargument nicht nur aufgegeben, sondern selbst gründlich widerlegt.

Rizy a. a. O. §. 24.

Zu 3.

Wenn aber an die Stelle dieses Argumentes ein anderer allgemeiner Grund zur Aufrechthaltung der älteren Theorie substituirt wird, nämlich daß für einen realverneinenden Satz die Vermuthung streite, und daß deßhalb kein Beweis darüber aufzulegen sey (a. d. O. §. 25), so ist hiegegen zu bemerken, daß, wenn man auch wirklich in

Folge des von dem Verfasser angewandten Probabilitäts-Calculs annehmen müßte, daß verneinenden Behauptungen eine größere Wahrscheinlichkeit zu statten komme, als bejahenden, doch diese Vermuthung, als eine bloß einfache, durch kein ausdrückliches Gesetz sanctionirte, von der Beweislast nicht befreien könnte.

Eine ausführliche, auch auf andere Entwickelungspunkte dieser Theorie eingehende Kritik s. in Heffters Ausgabe der Weber'schen Schrift über die Verbindlichkeit zur Beweisführung in dem Anhange S. 224—232.

Wenn man nun diesen Gründen gegenüber erwägt, daß das Röm. Recht dem wiederholt ausgesprochenen und in unzähligen einzelnen Fällen zur Anwendung gebrachten Grundsatze „Actori incumbit probatio“ nirgendwo die Ausnahme beifügt, „wenn nicht etwa die Intention des Klägers auf der Nichteristenz einer Thatsache beruht;" vielmehr in einigen Fällen, in welchen der Klagegrund wirklich eine Negative involvirt, jenem Grundsatze treu dem Kläger die Beweislast auflegt, z. B. in

Fr. 15. D. 22. 3.
Fr. 10. D. 45. 1.

so scheint der oben der Weber'schen Ansicht eingeräumte Vorzug hinreichend gerechtfertiget zu seyn.

Vgl. außer den bisher Angeführten überhaupt noch: Bethmann-Hollweg, Versuche S. 325 flg.

C. Auch relevante thatsächliche Behauptungen einer Partei eignen sich nur dann zur Auflage eines Beweises, wenn sie am Schlusse des ersten Verfahrens noch ungewiß und zweifelhaft sind. Diese Ungewißheit fällt aber hinweg, wenn entweder schon ein gerichtliches Geständniß einer Behauptung vorliegt, oder wenn

eine Rechtsvermuthung dafür spricht, oder wenn die behauptete Thatsache notorisch ist. Von diesen Befreiungsgründen soll jetzt gehandelt werden.

Von dem Geständnisse.

§. 220.

Begriff und Arten.

Unter Geständniß — im Gebiete des Civilprocesses — versteht man die Aeußerung einer Partei, wodurch dieselbe eine Thatsache als wahr anerkennt, welche von ihrem Gegner im gerichtlichen Streitverfahren gegen sie geltend gemacht werden kann. Die wesentlichen Merkmale in dem Begriffe des Geständnisses sind demnach folgende:

1) Ein Geständniß kann nur von einer Partei abgelegt werden. Was ein Dritter für oder gegen eine Partei aussagt, wird Zeugniß genannt. Die processualische Stellung der Parteien macht jedoch hiebei keinen Unterschied, d. h. nicht bloß der Beklagte kann ein Geständniß ablegen, obgleich ihm zunächst Veranlassung dazu gegeben ist, sondern auch der Kläger, z. B. wenn er eine Thatsache als wahr einräumt, auf welche der Beklagte eine Einrede gegründet hatte. Hinsichtlich des Inhaltes stimmt übrigens das Geständniß mit einem Zeugnisse insofern überein, daß hier wie dort die Wahrheit eines thatsächlichen Verhältnisses bestätiget wird, so daß man das Geständniß im Allgemeinen auch als ein Zeugniß einer Partei gegen sich selbst auffassen kann. — Eine reine Willenserklärung, ein Versprechen u. dgl. ist daher eigentlich kein Geständniß, obgleich ein solches häufig damit

verbunden ist, z. B. in einem Schuldscheine. — Eben daher setzt auch das Geständniß, wie jedes Zeugniß eine wenigstens angeblich schon vorhandene rechtlich wirkende Thatsache voraus, welche noch der Bestätigung bedarf. Diese Thatsache selbst ist nie das Geständniß, selbst wenn sie in der Aeußerung einer Partei bestanden hätte, die ihr nachtheilig werden konnte. Widrigenfalls müßte man auch eine Verbalinjurie als ein Geständniß des Injurianten betrachten.

2) Die Selbstaussage der Partei muß von der Art seyn, daß sie von dem Gegner zu ihrem Nachtheile benützt werden kann. Behauptet sie etwas zu ihrem Vortheile, so wird diese Aeußerung nie ein Geständniß genannt. In objectiver Beziehung ist dieses Merkmal das wesentlichste im Begriffe des Geständnisses, weßhalb es auch zuweilen ganz allein hervorgehoben wird, z. B. schon bei Quintilian Declam. CCCXIV. (Confessionem accipiendam esse qualemcunque *contra se* pronunciationem).

3) Gegenstand des Geständnisses können nicht bloß eigene Handlungen des Gestehenden, sondern auch Handlungen des Gegners, überhaupt Thatsachen und Ereignisse aller Art seyn, wenn sie nur auf die Entscheidung des Rechtsstreites einen unmittelbaren oder mittelbaren Einfluß haben. — Selbst das streitige Rechtsverhältniß in seiner Gesammtauffassung kann Gegenstand eines Geständnisses seyn. — Nur allgemeine Rechtssätze sind insofern ausgeschlossen, als der Richter durch das Zugeständniß eines von dem Gegner aufgestellten irrigen Rechtssatzes nicht verpflichtet werden kann, diesen Satz zur Richtschnur seiner Entscheidung zu nehmen.

4) Gewöhnlich wird das Geständniß zwar in der Form einer Antwort auf eine vorausgehende Behauptung des Gegners abgelegt. Wesentlich ist jedoch diese Form

keineswegs, sondern es kann auch in dem primitiven Vortrage einer Partei, z. B. schon in der Klageschrift, etwas eingestanden werden.

Ebenso ist es

5) in Beziehung auf den Begriff des Geständnisses gleichgültig, ob dasselbe erst während des Processes, oder schon früher, — ob es vor Gericht, oder außergerichtlich abgelegt wurde. Aber die Wirkungen des Geständnisses sind allerdings in diesen Fällen nicht die nämlichen, und deßhalb ist auch das gerichtliche Geständniß von dem außergerichtlichen zu unterscheiden, und von jedem besonders zu handeln.

Ueber den Begriff des Geständnisses ist überhaupt zu vergleichen: Schneider, von dem rechtl. Beweise §. 72 flg.

Weber, über Verbindl. zur Beweisf. S. 53 flg.

Brackenhöft im Archiv für civil. Praxis XX. S. 248 flg.

Von dem gerichtlichen Geständnisse insbesondere.

Römisches Recht.

§. 221.

Im älteren Röm. Rechte kommen dreierlei Arten des gerichtlichen Geständnisses vor:

A. Die *confessio in jure*, d. h. das unbedingte Zugeständniß des klägerischen Anspruches von Seite des Beklagten, nach bereits erhobener Klage, aber noch während der Verhandlung vor der Obrigkeit (also noch in jure, nicht erst in judicio). Auf diese Art der confessio bezieht sich

Paul. R. S. V. 5 a. §. 2—5 und II. 1. §. 5.
Dig. 42. 2.
Cod. 7. 59.

B. Die confessio auf eine *interrogatio in jure*, d. h. ein Geständniß, welches Jemand zwar auch vor der Obrigkeit (in jure) ablegte; allein noch vor angestellter Klage; — auf Fragen, welche ihm Derjenige, der gegen ihn klagen wollte, vorläufig zur Beantwortung vorlegen durfte, um sich über gewisse Vorbedingungen der Klage, insbesondere über die jetzt sogenannte passive Legitimation zur Sache Aufschluß zu verschaffen. Von diesen Fragen und deren Beantwortung handelt
Dig. 11. 1.

C. Die confessio in judicio, oder das Geständniß, welches erst nach vollzogener litiscontestatio vor dem judex abgelegt wurde.

Die Natur und Wirkung dieser drei Arten des gerichtlichen Geständnisses war sehr verschieden. Wenn nämlich

Zu A.

der Beklagte den ganzen Anspruch des Klägers schon in dem einleitenden Verfahren vor der Obrigkeit unbedingt zugestand, so kam es gar nicht zu einem Rechtsstreite (lis). Es wurde weder ein judex ernannt, noch ein Urtheil gesprochen, sondern das Geständniß vertrat die Stelle des Urtheils (Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. Fr. 1. D. 42. 2. — c. un. C. 7. 59. — Fr. 6. §. 2. D. 42. 2.). Gleichwie nun durch ein rechtskräftiges Urtheil formelle Wahrheit entstand (res judicata pro veritate accipitur), ebenso wurde diese Wirkung auch der confessio in jure, als einem Surrogate des Urtheils beigelegt, und diese Wirkung konnte in der Regel weder durch einen Gegenbeweis,

noch durch einen Widerruf, sondern, wie bei dem rechtskräftigen Urtheile, nur durch restitutio in integrum entkräftet werden.

Fr. 7. D. 42. 2.

Auch darin stimmte die confessio in jure mit dem rechtskräftigen Urtheile überein, daß der Kläger gegen den confessus sofort auf Execution antragen konnte.

Paul. S. R. II. 1. §. 5.
c. 9. C. 7. 53.
Fr. 6. §. 6. D. 42. 2.

Nach dem Rechte der zwölf Tafeln galten zwar diese Grundsätze nur in Beziehung auf einen — einer bestimmten Geldschuld geständigen Beklagten (aeris confessi);

Gell. XX. 1.

und auch nach der Einführung des Formularverfahrens konnte nur ein auf eine bestimmte Geldsumme lautendes Geständniß einer condemnatio gleichgestellt werden, weil die condemnatio selbst dazumal immer auf eine Geldsumme gerichtet seyn mußte.

Vgl. Fr. 6. pr. u. §. 1. D. 42. 1.
Paul. V. 5 a. 2.

Allein in der Folge dehnte man die Wirkung der confessio in Folge einer oratio D. Marci auch auf solche Fälle aus, in welchen das Geständniß nicht auf eine bestimmte Geldsumme gieng, wenigstens insofern, daß nach der confessio nur noch ein judicium de re ***aestimanda*** gegeben wurde.

Fr. 25. §. 2. Fr. 26. D. 9. 2.
Fr. 6. §. 2. D. 42. 2.
Fr. 56. D. 42. 1.

Vgl. über das Ganze:
Puchta, Instit. II. S. 171 flg.
v. Savigny, Syst. VII. S. 6 flg.

Seitdem übrigens in solchen Fällen, in welchen der Beklagte zur Leistung, Restitution oder Exhibition einer speciell bestimmten Sache verurtheilt war, die Execution auch durch directe Hinwegnahme dieser Sache bewirkt werden konnte, war in diesen Fällen auch ein judicium de re aestimanda nicht mehr nothwendig, wenn nur in dem Geständnisse auch der Gegenstand der Leistung genau genug bezeichnet war.

Fr. 68. D. 6. 1.

Zu B.

Durch eine confessio auf eine interrogatio in jure konnte zwar die Anordnung eines Judiciums und die Fällung eines Urtheils nicht überflüssig gemacht werden, weil diese confessio nie die Hauptstreitfrage selbst erschöpfte, wie Dieses bei der confessio in jure der Fall war, sondern nur einen speciellen Präjudicialpunkt ins Reine brachte. Indessen stimmte doch auch diese confessio in manchen Beziehungen mit der confessio in jure überein. Sie begründete nämlich

a) ebenfalls formelle Wahrheit, und hatte eine bindende Kraft für den Confitenten, d. h. dieser wurde dadurch quasi ex contractu obligirt.

Fr. 11. §. 9. D. 11. 1.

Fr. 7. 8. 11. §. 1 u. 2. Fr. 15. D. eod.

Aus diesem Grunde wurde auch die eingestandene Thatsache jeder weiteren Nachforschung des judex dadurch entzogen, daß dieselbe als bereits unabänderlich feststehend in die Klageformel aufgenommen wurde, welche durch diese Modification den Beinamen einer interrogatoria actio erhielt.

S. die Ueberschrift, dann Fr. 1. §. 1. und Fr. 22. D. 11. 1.

b) Da in Folge dieser formellen Kraft eines solchen Geständnisses auf die Uebereinstimmung desselben mit der objectiven Wahrheit nichts mehr ankam,

Fr. 4. pr. Fr. 5. Fr. 11. §. 9. D. 11. 1.

so war in der Regel weder ein Widerruf noch eine Anfechtung desselben durch den bloßen Beweis der Unrichtigkeit seines Inhaltes zulässig, sondern es blieb auch hier, wie bei der confessio in jure, dem Gestehenden nur das Mittel der restit. in integrum übrig, insofern er eine justa causa restitutionis, z. B. einen thatsächlichen, nicht auf grober Nachlässigkeit beruhenden Irrthum nachzuweisen vermochte.

Fr. 11. §. 8. 10. 11. 12. D. 11. 1.

Ueber die scheinbar widersprechenden Fr. 23. §. 11. Fr. 24 u. 25. D. 9. 2. s. Brackenhöft a. a. O. S. 378 flg., besonders S. 382 unt. flg., und v. Savigny, Syst. VII. S. 18 u. 36.

Hinsichtlich der Frage, ob sich das Institut der interrogationes auch noch unter Justinian erhalten hat oder nicht, ist zu unterscheiden die Sache selbst und die äußere Form und Stellung. Daß die Sache selbst noch bestand, und daß insbesondere die so eben angeführten Grundsätze über die Natur und Wirkung eines auf eine gerichtliche interrogatio abgelegten Geständnisses immer noch festgehalten wurden, ist nicht zu bezweifeln, indem nicht angenommen werden kann, daß Justinian über eine veraltete Einrichtung eigene, in ein weitläufiges praktisches Detail eingehende Titel in seine Sammlung sollte aufgenommen haben.

Brackenhöft im Archiv für civil. Praxis. XX. S. 394 flg.

Die äußere Stellung der interrogationes im Verfahren mußte aber jedenfalls schon vor Justinian durch

den Untergang des ordo judiciorum eine Veränderung erfahren. Denn seitdem die beiden Hauptabschnitte des Processes — jus und judicium — dergestalt in Eins zusammengeflossen waren, daß kein judex mehr ernannt, sondern die ganze Verhandlung bis zum Ende von dem obrigkeitlichen Richter allein geleitet und von diesem auch das Urtheil gesprochen wurde, konnte von einem Gegensatze der interrogatio und confessio *in jure* und *in judicio* ebensowenig mehr die Rede seyn, als von actionibus interrogatoriis. Jetzt war vielmehr jedes in einem Rechtsstreite vor Gericht abgelegte Geständniß als eine confessio in jure zu betrachten. — Nach einer Bemerkung des Juristen Callistratus in

Fr. 1. §. 1. D. 11. 1.

kann sogar vermuthet werden, daß die interrogationes schon vor der Aufhebung des Formularprocesses in das judicium verlegt, und dadurch die interrogatoriae actiones überflüssig geworden seyen,

v. Savigny, Syst. VII. S. 24 flg.

obgleich der Gedanke an irgend eine Interpolation dieser Stelle bei unbefangener Durchlesung derselben nicht leicht unterdrückt werden kann.

Vgl. Zimmermann, R. R. G. III. §. 125 not. 12. Puchta, Instit. II. S. 176.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß schon nach dem älteren Rechte nicht bloß eine Partei, sondern auch der Prätor eine interrogatio stellen konnte, sowie daß eine freiwillige Erklärung ohne vorausgehende Frage einer Antwort auf eine gestellte Frage gleichgehalten wurde.

Fr. 9. pr. §. 1. D. 11. 1.

Zu C.

Geständnisse, welche eine Partei erst nach der litis contestatio vor dem judex ablegte, machten nach älterem

Rechte, so lange noch jus und judicium getrennt waren, das Urtheil in keinem Falle überflüssig.

Arg. Fr. 74. D. 5. 1.

Hier fand also der Satz: confessus pro judicato habetur nie eine Anwendung.

Auch fehlte der confessio in judicio die formell verbindende Kraft, welche einer confessio in jure beigelegt wurde, und es hing lediglich von der freien Beurtheilung des judex ab, wieviel Gewicht einem solchen Geständnisse unter den jedesmaligen Umständen einzuräumen sey.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 284.

Wetzell, Syst. S. 106.

Seitdem aber in Folge der Aufhebung des getrennten Verfahrens das judicium gleichsam in dem jus aufgegangen war, nahm auch jedes gerichtliche Geständniß je nach seinem Inhalte oder Umfange entweder die Natur einer confessio in jure oder einer confessio auf eine interrogatio in jure an.

Heutiges Recht.

§. 222.

Die wesentlichen Bestimmungen über das gerichtliche Geständniß, wie sich dieselben der bisherigen Darstellung zufolge im neuesten Röm. Rechte gestaltet haben, sind in keiner späteren gesetzlichen Quelle des gemeinen Rechtes aufgehoben oder abgeändert worden. Das canonische Recht hat sogar einige derselben ausdrücklich anerkannt.

Vgl. X. 2. 18.

lib VI. 2. 9.

In der neuesten Zeit hat zwar ein Schriftsteller die Ansicht aufgestellt, daß diese positiven Bestimmungen

durch die Richtung, welche Theorie und Praxis in dieser Lehre genommen haben, für abrogirt zu halten seyen.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 301.

Die Theorie allein hätte jedoch in keinem Falle bestehende gesetzliche Vorschriften zu entkräften vermocht; eine allgemeine constante Praxis aber, durch welche eine solche Abrogation bewirkt worden, ist nicht nachzuweisen.

Brackenhöft im Arch. XX. S. 411.

Man muß daher die Grundsätze des Römischen und canonischen Rechtes auch jetzt noch bei der Darstellung der Lehre von dem gerichtlichen Geständnisse zu Grunde legen, nur mit Ausschluß solcher Vorschriften, deren praktische Bedeutung bloß auf ganz singulären, jetzt nicht mehr bestehenden Einrichtungen beruhte; z. B. der Vorschrift über die absolute Unanfechtbarkeit der confessio in jure in solchen Fällen, ubi lis inficiando in duplum crescit.

S. v. Savigny, System VII. §. 307. und S. 43. Nr. 3.

Hält man im Allgemeinen diesen Standpunkt fest, so kann man, was

1) den Begriff anbelangt, nicht jedes Geständniß ein gerichtliches nennen, welches überhaupt vor einer Gerichtsbehörde, — gleichviel übrigens bei welcher Gelegenheit, — abgelegt wurde, sondern nur ein solches, welches ein streitender Theil in demselben Processe vor Gericht ablegte, in welchem es gegen ihn geltend gemacht wird. In diesem engeren Sinne genommen hat aber

2) das gerichtliche Geständniß nicht bloß die Natur eines gewöhnlichen Beweismittels, sondern eine eigenthümliche förmliche Kraft, welche in den Wirkungen hervortritt.

Hinsichtlich dieser Wirkungen sind aber folgende Fälle zu unterscheiden:

I.

Der Beklagte hat den vollen Anspruch des Klägers — unbedingt — ohne Einrede und Vorbehalt gerichtlich zugestanden.

In diesem Falle ist auch jetzt eine Verurtheilung des Beklagten überflüssig. Denn, wenn der Beklagte Alles unbedingt zugibt, was der Kläger behauptet und von ihm begehrt, so ist in der That gar kein Stoff zu einem Streite, und eben daher auch keine Veranlassung zu einem richterlichen Urtheile vorhanden. Inter consentientes nullae sunt partes judicantis. Das Geständniß vertritt also in diesem Falle auch jetzt noch die Stelle des Urtheils.

Der Gerichtsgebrauch stimmt zwar nicht überall damit überein, und selbst große wissenschaftliche Autoritäten unterstützen diesen Gerichtsgebrauch, insbesondere

Weber a. a. O. S. 85.

v. Savigny, Syst. VII. S. 44. Nr. 4.

Allein der Gedanke, daß gegen einen confessus in diesem Falle eine Verurtheilung nicht mehr nothwendig ist, hat seinen Grund gewiß nicht in einer zufälligen, dem Wechsel unterworfenen Form des gerichtlichen Verfahrens, sondern in der unveränderlichen Natur des Verhältnisses selbst, wie sich derselbe denn auch im Röm. Rechte von der frühesten Zeit bis auf Justinian unter allen Veränderungen des Gerichtswesens erhalten hat. Auch der Executivproceß des Mittelalters beruht auf der praktischen Anerkennung des Satzes: „confessus pro judicato habetur", und in mehreren deutschen Particular=

gesetzen ist dieser Satz ausdrücklich bestätiget, z. B. in der

Bayer. Gerichtsordnung Cap. 12. §. 1. pr.

Nur wird freilich, wenn unmittelbar auf das Geständniß hin schon die wirkliche Execution stattfinden soll, auch heutzutage, wie schon nach Röm. Rechte vorausgesetzt, daß der Inhalt des Geständnisses ebenso beschaffen ist, wie auch der Inhalt eines rechtskräftigen Urtheils beschaffen seyn muß, wenn demselben sofort die Execution soll folgen können. Ist daher z. B. nur die Verbindlichkeit an sich, nicht aber auch der Gegenstand der Leistung durch das Geständniß genau festgestellt, so ist allerdings auch jetzt noch ein besonderes Nachverfahren und ein Urtheil über den Gegenstand oder die Größe der Leistung nothwendig.

II.

Ein streitender Theil — gleichviel, ob Kläger oder Beklagter — hat zwar Behauptungen seines Gegners zugegeben, aber nicht alle, oder nicht ohne Vorbehalt und Einrede.

In diesem Falle wird zwar durch das Geständniß das Urtheil nicht überflüssig gemacht, weil immer noch etwas streitig bleibt (entweder die nicht zugestandenen einzelnen Behauptungen oder die von dem Confitenten seinem Geständnisse beigefügte Einrede); allein das Geständniß hat doch auch in diesem Falle die Wirkung, daß die zugestandene Behauptung außer Streit gestellt wird, so daß weder der Richter über die Wahrheit derselben eine weitere Nachforschung anzustellen hat, noch der Gestehende selbst mit einem Beweise der objectiven Unwahrheit Dessen, was er einmal eingestanden hatte, gehört wird.

S. oben §. 221. Zu B.

Nicht zu verwechseln mit dem bloßen Beweise der objectiven Unwahrheit des Eingestandenen ist jedoch der Beweis, daß es dem Geständnisse selbst an irgend einem wesentlichen Erfordernisse seiner Gültigkeit gemangelt habe. Dieser Gegenbeweis muß allerdings zugelassen werden, namentlich also der Beweis, daß sich der Confitent ex justa causa geirrt habe, weil der Irrthum die zu einem wirksamen Geständnisse erforderliche Willensbestimmung hindert.

S. §. 221. Zu B.

c. 3. X. 2. 18.

Diese Anfechtung eines gerichtlichen Geständnisses ist übrigens nicht bloß in dem hier in Frage stehenden, sondern auch in dem vorher unter Nr. I. angeführten Falle zulässig.

Arg. Fr. 2. D. 42. 2.

In dem letzten Falle kann sie jedoch, weil die confessio die Stelle des Urtheils vertritt, nur in der Form einer restitutio in integrum geschehen. In dem ersten Falle hingegen kann sie auch, so lange der Rechtsstreit noch nicht beendigt ist, durch das einfache Anerbieten zu dem Beweise des Irrthums eingeleitet werden.

c. 2. in 6to 1. 21.

Daß ein gehörig abgelegtes gerichtliches Geständniß durch einen bloßen einfachen Widerruf (ohne allen Beweis) nicht unwirksam gemacht werden kann, versteht sich dem bisher Gesagten zufolge von selbst. Nur dann ist hievon eine Ausnahme zu machen, wenn entweder

a) das Geständniß irriger Weise von einem Advocaten abgelegt wurde, in welchem Falle es — der gewöhnlichen Meinung zufolge — von dem Clienten binnen drei Tagen zurückgenommen werden kann;

C. 2. 10.

Vgl. jedoch: Schmid, Hdb. I. S. 230—235.

oder wenn

b) der Parteivortrag, welcher das Geständniß enthält, überhaupt noch zurückgenommen oder abgeändert werden darf.

S. Brackenhöft a. a. O. S. 407 flg.

Erfordernisse eines gerichtlichen Geständnisses.

§. 223.

Da ein gerichtliches Geständniß dem bisher Gesagten zufolge als eine mittelbare, und noch dazu für den Confitenten nachtheilige Disposition über das in Frage stehende Rechtsverhältniß erscheint, so wird dazu

1) auf Seite des Gestehenden freie Dispositionsbefugniß erfordert. Daher ist z. B. das von einem Pupillen ohne seinen Tutor abgelegte Geständniß ungültig.

Fr. 6. §. 5. D. 42. 2.

War der Tutor beigezogen, so findet gegen ein nachtheiliges Geständniß restitutio i. i. statt, welche auch den Minderjährigen,

Fr. 6. §. 5. D. 42. 2.

Fr. 9. §. 2. D. 4. 4.

Fr. 26. §. 5. D. 9. 4.

sowie nach canonischem Rechte den Kirchen und gleichgestellten Personen zugesichert ist.

c. 2. in 6to 1. 21.

Ueber das Geständniß bei einem litis consortium s. Brackenhöft S. 283. not. 31.; — und über das Geständniß des Gemeinschuldners im Concursprocesse meine Theorie des Conc.-Proc. §. 61.

2) Nach Röm. Rechte mußte die confessio in jure von dem Beklagten persönlich abgelegt werden, d. h. ein Stellvertreter konnte den dominus durch eine confessio in jure ebensowenig als durch irgend eine andere Handlung obligiren.

Fr. 6. §. 4. D. 42. 2.

Vgl. jedoch: Fr. 25. §. 1. D. 9. 2. — Fr. 20. pr. D. 11. 1.

und darüber:

Brackenhöft S. 283 flg.

Allein jetzt hat es wohl kein Bedenken, daß man auch durch einen gehörig bevollmächtigten Procurator ein wirksames gerichtliches Geständniß ablegen könne, weil überhaupt bei obligatorischen Verhältnissen eine vollständige Repräsentation durch Dritte zulässig ist.

Vgl. Bethmann-Hollweg, S. 275 u. 307.

Brackenhöft a. a. O. S. 391.

3) Die confessio muß vor dem competenten Richter abgelegt werden; außerdem kann sie wohl als ein außergerichtliches, aber nicht als ein gerichtliches Geständniß wirken.

c. 4. X. 2. 1.

Boehmer, J. E. P. lib. II. tit. 18. §. 6.

Bethmann-Hollweg S. 257.

4) Das ältere Röm. Recht forderte auch die persönliche Gegenwart des Klägers, wenn der confessus pro judicato gehalten werden sollte, weil man einem Abwesenden auch nicht condemnirt zu werden pflegte.

Fr. 6. §. 3. D. 42. 2.

Allein, da schon Justinian ein vollkommen wirksames Urtheil selbst zu Gunsten eines ungehorsam abwesenden Klägers zuließ,

c. 13. §. 2. C. 3. 1.

so kann diese Beschränkung jetzt nicht mehr beachtet werden.

Brackenhöft S. 392.

Dagegen ist es allerdings auch jetzt noch nothwendig, daß das Geständniß dem jetzigen adversarius, oder dessen Stellvertreter gegenüber und nicht vor einem Dritten abgelegt werde. Sonst kann es höchstens als außergerichtliches in Betracht kommen.

Fr. 22. D. 11. 1.

A. M. v. Gönner, Hdb. II. 43. §. 12. u. 13.

5) Es muß durch eine ausdrückliche Erklärung geschehen.

Fr. 142. D. 50. 17.

Bloßes Stillschweigen wird nur ausnahmsweise in einigen Contumacialfällen als Geständniß angenommen.

Fr. 34. §. 6. D. 12. 2.

c. 2. in 6to 2. 9.

Vgl. noch Brackenhöft S. 399 flg.

Auch wird Bestimmtheit und Deutlichkeit vorausgesetzt. — Ob aber das Geständniß mündlich oder schriftlich abgelegt wird, ist insofern gleichgültig, als eine mündliche, aber zu Protokoll genommene Aeußerung einer schriftlich abgegebenen gleichsteht.

Vgl. Bethmann-Hollweg S. 307.

6) Wenn das Geständniß verbindende Kraft haben soll, so darf der Gegenstand desselben nicht der Privatwillkür der streitenden Theile entzogen seyn;

arg. c. 23. C. 7. 16.

c. 6. 39. C. eod.

weßhalb auch eine bestehende Ehe in Folge eines bloß eingestandenen Ehehindernisses nicht getrennt werden darf.

c. 5. X. 4. 13.

7) Die Frage, ob zur Wirksamkeit eines gerichtlichen Geständnisses auch die Acceptation von Seite derjenigen Partei vorausgesetzt werde, welche dasselbe zu ihrem Vortheile benützen könnte, ist von den älteren Praktikern allgemein bejaht worden.

Vgl. z. B. *Gail*, obs. I. obs. 55. nro. 8.

Die neuere Doctrin statuirt aber das Gegentheil, und zwar mit Recht, indem dieses Erforderniß weder gesetzlich irgendwo vorgeschrieben ist, noch aus der allgemeinen rechtlichen Natur des Geständnisses abgeleitet werden kann.

S. z. B. schon *Leyser*, Med. spec. 473. coroll. 1. Danz, ord. Proc. §. 201. not. a.

Insofern das Geständniß in der Form einer bejahenden Antwort auf eine von der Gegenpartei schon vorher aufgestellte Behauptung erfolgt, ergibt sich die Richtigkeit dieser Ansicht schon aus dem Satze: „confessus pro judicato habetur“, indem der Beklagte nicht sofort als sachfällig betrachtet werden könnte, wenn erst noch die ausdrückliche Annahme des Geständnisses von Seite des Klägers nothwendig wäre. Man hat sich zwar früher hiergegen auf Fr. 6. §. 3. D. 11. 1. berufen; allein in dieser Stelle ist nur von der Nothwendigkeit der Anwesenheit des Klägers, nicht auch der Acceptation von seiner Seite die Rede. Leichter könnte gegen die neuere Theorie in dem Falle ein Bedenken entstehen, wenn eine Partei, ohne durch eine vorausgehende Behauptung ihres Gegners hiezu veranlaßt worden zu seyn, — also aus eigenem Antriebe vor Gericht etwas äußert, was die Einräumung eines ihr nachtheiligen Umstandes enthält, z. B. wenn der Kläger schon in dem geschichtlichen Vortrage seiner Klage Thatsachen anführt, auf welche eine Einrede gegen die Klage gegründet werden könnte. Denn

in diesem Falle könnte die Ansicht geltend gemacht werden, daß es erst auf den Gegner ankomme, ob er von der ihm dargebotenen Waffe Gebrauch machen wolle oder nicht; und daß, wenn er nicht wolle, auch der Richter auf das Geständniß keinen Werth legen dürfe. — Allein, wenn auch zugegeben werden muß, daß dem Gegner der Vortheil, welchen er aus dem Geständnisse ziehen könnte, nicht aufgedrungen werden darf, und daß daher im Falle eines Verzichtes von seiner Seite auch der Richter dem Geständnisse keine Folge zu geben hat; — so kann doch aus dem Umstande allein, daß der Gegner das Geständniß nicht ausdrücklich acceptirt, noch nicht ein Verzicht gefolgert werden, um so weniger als alle Wahrscheinlichkeit gegen eine solche Annahme streitet.

Uebrigens ist hiebei noch zu bemerken, daß die Behauptungen, welche eine Partei in einem Streitvortrage aufstellt, keineswegs bloß der Beantwortung und Beurtheilung des Gegners allein, sondern auch der Kritik des Richters insofern unterworfen sind, als dieser einen Vortrag wenigstens dann von Amtswegen zurückweisen darf, wenn sich die gänzliche Unstatthaftigkeit des gestellten Gesuches aus den eigenen Angaben des Gesuchstellers unzweifelhaft ergibt. Wenn daher z. B. der Kläger so thöricht gewesen wäre, in der Geschichtserzählung selbst anzuführen, daß seine Forderung schon auf irgend eine Art vollständig erloschen sey, ohne zugleich die Wirksamkeit der angeführten Erlöschungsart zu bestreiten, so würde der Richter ohne Zweifel die Klage von Amtswegen sofort zurückzuweisen berechtiget seyn.

Vgl. über das Ganze:

Gesterding, Nachforsch. II. S. 106 flg.

Bethmann-Hollweg, Versuche S. 302 not. 120ᵃ.

Wetzell, Syst. S. 107. not. 8.
Brackenhöft a. a. O. S. 272 flg.

8) Im Fr. 14. §. 1. D. 11. 1. wird bemerkt: „in totum autem confessiones ita ratae sunt, si id, quod in confessionem venit, et jus et naturam recipere potest.“ Die Worte „*in totum*“ deuten an, daß wir es hier mit einem allgemeinen Grundsatze zu thun haben, und dieser kann nach der übrigen Wortfassung der Stelle kein anderer seyn, als der, daß ein Geständniß, welches etwas rechtlich oder physisch Unmögliches enthält, wirkungslos ist. Da dieser Satz auch in Beziehung auf richterliche Urtheile gilt,

Fr. 3. pr. u. §. 1. D. 49. 8.

so kann die Anwendung desselben auf gerichtliche Geständnisse, welche in gewissen Fällen die Stelle des Urtheils vertreten, keinen Anstoß erregen.

Nur wird freilich, was die physische Unmöglichkeit betrifft, in der Regel vorausgesetzt, daß das Eingestandene an sich unmöglich sey, und nicht etwa bloß in dem concreten Falle nicht habe geschehen können. —

Z. B. Fr. 3. 5. D. 42. 2.

Hinsichtlich der rechtlichen Unmöglichkeit lassen sich die Römischen Juristen zwar auf eine casuistische Erläuterung ein,

Fr. 13. 14. pr. 16. D. 11. 1.

die jedoch keinesfalls als erschöpfend betrachtet werden kann.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 273 unt.

Ueberhaupt ist bei der Anwendung des Grundsatzes ein gewisses Schwanken der Juristen unverkennbar; z. B.

Fr. 3. D. 42. 2.

„etsi jam a natura recessit“.

Fr. 8. D. eod.

„non omnimodo".

Fr. 7. eod.

Vgl. über das Ganze:

v. Savigny, Syst. VII. S. 33. flg.

9) Daß auch bei dem gerichtlichen Geständnisse die Willensbestimmung des Gestehenden fehlerfrei seyn muß, versteht sich von selbst. — Behauptet daher der Confitent, durch Zwang oder Irrthum zu dem Geständnisse gebracht worden zu seyn, so kann er das Geständniß anfechten (s. oben §. 222). Auf Scherz oder Simulation kann er sich jedoch zur Entkräftung eines gerichtlichen Geständnisses nie berufen, indem hier der animus confitendi immer vorausgesetzt wird. Ist aber aus der Art und dem Zusammenhange der Erklärung ersichtlich, daß sich die Partei nicht dadurch binden wollte (z. B. in Folge einer ausdrücklich beigefügten Protestation), so ist die Erklärung überhaupt nicht als ein Geständniß zu betrachten.

Von dem außergerichtlichen Geständnisse.

§. 224.

Außergerichtlich nennt man ein Geständniß nicht bloß dann, wenn es überhaupt nicht vor Gericht, sondern auch in dem Falle, wenn es zwar vor Gericht, aber einem andern Gegner gegenüber, — oder — auch demselben Gegner gegenüber, aber in einem anderen Rechtsstreite abgelegt wurde, als in welchem es jetzt geltend gemacht werden will.

Die Natur und Wirkung eines solchen Geständnisses ist von der eines gerichtlichen Geständnisses wesentlich

verschieden. Denn das letztere ist nicht bloß ein Beweismittel, sondern auch ein formeller Verpflichtungsgrund, d. h. durch ein gerichtliches Geständniß kann für den Confitenten eine Obligation entstehen, welche vielleicht außerdem gar nicht begründet wäre. Das außergerichtliche Geständniß ist aber immer nur ein Beweismittel; es kann nur die Existenz einer anders woher schon begründeten Obligation darthun, aber nicht selbst eine Obligation erzeugen. Die innere Grundform dieses Beweismittels ist im Allgemeinen die eines Zeugnisses, insoferne auch der Gestehende, wie der Zeuge, über eine Thatsache oder Handlung etwas aussagt.

Vgl. c. 13. C. 4. 30.

„*testimonio proprio resistere.*"

Der Grund, warum dieses Beweismittel von dem gewöhnlichen Beweise durch Zeugen abgesondert, und dem Geständnisse auch ohne die äußeren Formen, von deren Beobachtung die Beweiskraft der Zeugenaussage abhängt, geglaubt wird, liegt wohl darin, weil im Allgemeinen nicht zu vermuthen ist, daß Jemand zu seinem eigenen Nachtheile etwas aussagen würde, wenn er es nicht selbst für wahr hielte. Da jedoch diese Vermuthung keineswegs immer zutrifft, und nicht selten Jemand durch Motive und Rücksichten ganz anderer Art, als durch Gewissenhaftigkeit und eigene Ueberzeugung dazu bewogen wird, etwas zu äußern, was zwar in der Folge in irgend einer Beziehung gegen ihn benützt werden könnte, zu der Zeit aber, und unter den zufälligen Umständen, unter welchen die Aeußerung gemacht wurde, ihm vielmehr einen momentanen Vortheil gewährte; so würde es sehr ungeeignet seyn, jedem außergerichtlichen Geständnisse — bloß um jener allgemeinen Vermuthung willen — schon volle Beweiskraft einzuräumen. — Dazu wird außerdem

noch erfordert, daß in dem gegebenen Falle auch der animus confitendi vorhanden war, d. h. es muß aus den Umständen, unter welchen das Geständniß abgelegt wurde, hervorgehen, daß der Gestehende nicht durch irgend eine Nebenansicht zu seiner Aussage bestimmt wurde, sondern daß er die ernstliche Absicht hatte, der Wahrheit Zeugniß zu geben. Ist es gewiß, daß diese Absicht nicht vorhanden war, so beweist das außergerichtliche Geständniß gar nicht; ist das Vorhandenseyn jener Absicht zweifelhaft, so reicht es wenigstens zu einem vollen Beweise nicht hin. Ob übrigens in einem einzelnen Falle der animus confitendi anzunehmen sey oder nicht, ist Sache des richterlichen Ermessens. Als leitende Anhaltpunkte für dieses arbitrium sind folgende hervorzuheben:

a) Ein außergerichtliches Geständniß, welches dem jetzigen Proceßgegner selbst gegenüber abgelegt wurde, hat mehr Gewicht, als ein vor dritten Personen abgelegtes;

b) ein vor Gericht, aber in einem anderen Rechtsstreite abgelegtes Geständniß ist höher anzuschlagen, als eine Aeußerung im Kreise des Privatlebens;

c) ein schriftliches Geständniß hat mehr Werth, als ein bloß mündliches, weil bei jenem mehr Ueberlegung vorauszusetzen ist, als bei diesem.

Hatte Jemand seinem jetzigen Proceßgegner in einer gerichtlich errichteten schriftlichen Urkunde die Wahrheit einer Thatsache zugestanden, so ist der animus confitendi als gewiß vorauszusetzen. Aber auch dann, wenn die das Geständniß enthaltende Urkunde nur eine dem jetzigen Gegner ausgestellte Privaturkunde war, hat das Geständniß volle Beweiskraft.

Diese schriftlichen außergerichtlichen Geständnisse sind es nun vorzugsweise, auf welche sich die Vorschriften des

Röm. Rechts in dieser Lehre beziehen; obgleich die Zuläs-sigkeit der Berufung auf ein außergerichtliches mündliches Geständniß auch nach Röm. Rechte nicht als ausgeschlossen betrachtet werden kann.

Nov. 90. c. 2.

Die Bestimmungen über außergerichtliche schriftliche Geständnisse sind aber folgende:

1) Wer sich in einer schriftlichen Urkunde als Schuld-ner eines Anderen bekannt hat, muß, wenn der Gläubiger diese Urkunde gegen ihn producirt, das Geständniß gegen sich gelten lassen. Nur wird dabei vorausgesetzt, daß in der Urkunde auch der Entstehungsgrund der Schuld speciell ausgedrückt wurde. Außerdem (bei einer s. g. cautio in-discreta) muß der Gläubiger noch den speciellen Ent-stehungsgrund beweisen.

Fr. 25. §. 4. D. 22. 3.

c. 13. C. 4. 30.

Ebenso auch:

c. 14. X. 2. 22.

Aber auch unter dieser Voraussetzung ist es

2) dem Schuldner gestattet, sein Geständniß nicht etwa bloß in der Art anzufechten, daß er einen Mangel der subjectiven Erfordernisse, z. B. widerrechtlichen Zwang, thatsächlichen Irrthum u. dgl. beweist, sondern auch durch den Beweis der objectiven Unrichtigkeit desselben. — Nur wurde es mit diesem Gegenbeweise gegen ein in einer cautio discreta enthaltenes Geständniß im Röm. Rechte besonders strenge genommen.

Fr. 25. §. 4. D. 22. 3.

„nisi *evidentissimis* probationibus, *in scriptis* habitis."

c. 13. C. 4. 30.

„per *apertissima* rerum argumenta, *scriptis* inserta."

Das canonische Recht enthält jedoch diesen schärfenden Zusatz nicht.

c. 14. X. 2. 22.

3) Urkunden, welche kein directes Schuldbekenntniß, sondern nur die Einräumung einer Thatsache enthalten, welche rechtlich zum Nachtheile des Ausstellers benützt werden kann, dienen zwar zum Beweise dieser Thatsache;

Fr. 26. §. 2. D. 16. 3.

hier ist aber der Gegenbeweis schon nach Röm. Rechte keiner besonderen Strenge unterworfen.

Fr. 19. §. 1. D. 46. 4.
c. 13. C. 8. 43.

4) Bei schriftlichen Geständnissen über den Empfang eines Darlehens, einer Zahlung (Quittungen) und über die *numeratio dotis* ist jedoch, weil diese Urkunden oft schon vor der wirklichen Auszahlung in der sicheren Erwartung, daß diese demnächst erfolgen werde, zu Stande kommen, binnen gewisser Zeiträume, nicht einmal ein Gegenbeweis nothwendig, sondern der Beklagte kann, wenn vor dem Ablaufe der gesetzlich bestimmten Fristen ein solches schriftliches Geständniß gerichtlich gegen ihn geltend gemacht werden will, das Geständniß einfach dadurch entkräften, daß er erwidert, Dasjenige doch nicht erhalten zu haben, dessen Empfang er in der Urkunde bescheint hatte (except. non numeratae pecuniae, dotis). Das Nähere hierüber ist aus den Vorträgen über Civilrecht bekannt.

Faßt man nun das bisher Gesagte kurz zusammen, so zeigt sich der Unterschied zwischen dem gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnisse vorzüglich in folgenden Beziehungen:

1) Durch das gerichtliche Geständniß kann eine obligatio begründet, — und selbst das Urtheil überflüssig gemacht werden. Das außergerichtliche Geständniß ist immer nur ein Beweismittel.

2) Das gerichtliche Geständniß kann durch den bloßen Gegenbeweis der objectiven Unwahrheit des Eingestandenen nicht entkräftet werden; wohl aber das außergerichtliche. Denn da das Röm. Recht diesen Gegenbeweis selbst gegen schriftliche Geständnisse zuläßt, so kann die Zulassung desselben gegen mündliche Geständnisse noch weniger einem Bedenken unterliegen.

3) Die Existenz eines gerichtlichen Geständnisses bedarf keines Beweises, weil es in den nämlichen Acten vorkommen muß, in welchen es benützt werden will. Die Existenz eines außergerichtlichen Geständnisses muß immer erst bewiesen werden, wenn sie nicht selbst von dem Gegner zugegeben wird.

4) Bei dem gerichtlichen Geständnisse ist der animus confitendi vorauszusetzen; bei dem außergerichtlichen kann er bestritten und bezweifelt werden, und deßhalb macht zuweilen

5) das außergerichtliche Geständniß gar keinen, oder nur unvollständigen Beweis.

Vgl. über die ganze Lehre:

Gesterding, Nachforsch. II. S. 112 flg.

Bethmann-Hollweg, Vers. S. 296 flg.

v. Savigny, Syst. VII. S. 44.

Wetzell, Syst. I. §. 22.

Von dem s. g. qualificirten Geständnisse wird zweckmäßiger später, nach der Erörterung der Grundsätze über die Beweislast gehandelt.

Von den Vermuthungen.

§. 225.

Wenn man den Richter von der Wahrheit einer Behauptung überzeugen will, so kann Dieses im Allgemeinen auf doppelte Art geschehen. Entweder

A. man beweist geradezu dasjenige Factum selbst, worauf die Behauptung gerichtet ist, oder

B. man beweist ein anderes Factum, von dem aber auf die Wahrheit des eigentlich zu beweisenden ein Schluß gezogen werden kann.

In dem ersten Falle nennt man den Beweis einen directen oder natürlichen, in dem zweiten einen indirecten oder künstlichen.

Der letztere hat nun nicht immer gleiche überzeugende Kraft, sondern er kann bald zur vollen Gewißheit führen, bald nur zu einem höheren oder geringeren Grade von Wahrscheinlichkeit. — Volle Gewißheit entsteht nur dann, wenn beide Thatsachen (die wirklich erwiesene und die zu erweisende) in einem solchen Verhältnisse zu einander stehen, daß der Erfahrung zufolge eine ohne die andere, oder mit der anderen gar nicht vorkommen kann. Insofern aber die Verbindung oder Ausschließung nur gewöhnlich oder zuweilen vorkommt, kann auch der Beweis der einen die Existenz oder Nichtexistenz der andern nur mehr oder minder wahrscheinlich machen. — Solche Schlußfolgerungen nun, welche nicht zur Gewißheit, sondern nur zur Wahrscheinlichkeit führen, nennt man Vermuthungen (praesumtiones, indicia).

Hieraus ergibt sich von selbst, daß eine Partei, welche nur eine Vermuthung für sich hat, dadurch in der

Regel noch keineswegs von der Verbindlichkeit befreit seyn könne, den Beweis ihrer Behauptung zu liefern. Diese Regel leidet jedoch dann eine Ausnahme, wenn die positiven Gesetze ausdrücklich bestimmen, daß der Richter unter gewissen Voraussetzungen eine, wenn gleich nicht mit Nothwendigkeit daraus folgende Behauptung als juristisch gewiß annehmen dürfe. Sind nämlich in diesem Falle nur die Voraussetzungen (die Prämissen des Schlusses) vollkommen außer Zweifel gesetzt, so ist die Partei nicht mehr schuldig, die damit in Verbindung gebrachte Thatsache noch besonders zu beweisen. In solchen Fällen nun, wo kraft gesetzlicher Vorschrift Etwas als juristisch wahr gilt, spricht man von Rechtsvermuthungen (praes. *juris* im Gegensatze zu den einfachen Vermuthungen oder praes. facti, hominis); und nur von diesen gilt der Satz, daß sie von der Beweislast befreien. Mit Rücksicht auf den Grad ihrer Wirksamkeit unterscheidet man übrigens zweierlei Classen solcher Rechtsvermuthungen, nämlich a) praesumtiones juris schlechtweg, welche noch einen Gegenbeweis zulassen, und b) praesumtiones juris et de jure, welche sogar diesen ausschließen und daher besser fictiones genannt würden.

Vgl. M. Weindler über Vermuth. §. 29.

Präsumtionen der ersten Art sind nur da anzunehmen, wo ausdrücklich in den Gesetzen bestimmt ist, daß der Richter unter bestimmten Voraussetzungen über eine Thatsache von der sie behauptenden Partei keinen Beweis mehr zu fordern braucht, keineswegs aber auch in solchen Fällen, wo das Gesetz nur anführt, was man im gewöhnlichen Leben zu vermuthen pflegt, wie z. B.

Fr. 31. §. 21. D. 21. 1.
und
Fr. 3. §. 1. D. 1. 15.

Auch ist ein Generalisiren oder ein analoges Ausdehnen dieser Präsumtionen nicht zu rechtfertigen, so häufig auch Beides, namentlich bei den älteren Juristen vorkommt.

S. Weber, von den Bew. S. 129 flg.

Beispiele solcher Präs. finden sich in

Fr. 24. D. 22. 3.
Fr. 25. §. 1. D. eod.
Fr. 9. §. 1. D. 34. 5.
c. 3. C. 10. 22.
Fr. 12. D. 1. 5.
Fr. 6. D. 1. 6.
Fr. 51. D. 24. 1.
Fr. 5. §. 1. D. 22. 3.
c. 5. C. 6. 36.
c. 6. X. 1. 9.

Praesumtiones juris et de jure aber kommen namentlich bei mehreren Ungehorsamsstrafen im Processe vor, z. B.

Fr. 34. §. 9. D. 12. 2.
c. 15. X. 2. 27.
c. 6. in 6to 2. 15.
J. R. A. §. 49.

Einige Rechtslehrer zählen übrigens Das, was zuweilen in Folge des Ungehorsames als geschehen angenommen wird (z. B. Verzicht, Geständniß u. dgl.), gar nicht den Vermuthungen bei, und verstehen unter praesumt. juris et de jure solche Rechtsvermuthungen, gegen welche nur der Gegenbeweis mehr beschränkt oder physisch unmöglich ist.

Gollmann, Grundlinien einer Theorie des Beweises im Civilpr. Braunsch. 1822. §. 57 flg.

Linde, Lehrb. (5te Aufl.) §. 255 a. E.

Vergl. noch:

G. Friedr. Puchta, das Gewohnheitsrecht II. Thl. S. 162. not. 15.

Dr. L. Arndts, Beiträge zu versch. Lehren des Civilrechts und Civilproc. Bonn 1837. S. 137.

Von der Notorietät.

§. 226.

Im Allgemeinen gilt zwar der Grundsatz, daß der Richter bei der Entscheidung eines Rechtsstreites nur solche Thatsachen als gewiß annehmen darf, von deren Wahrheit er durch die amtlichen Verhandlungen in diesem Rechtsstreite überzeugt worden ist. — Diese Regel, mit rücksichtsloser Consequenz auf alle vorkommenden Verhältnisse angewandt, würde jedoch zuweilen zu Resultaten führen, gegen welche sich der gesunde Sinn eines Jeden sträuben müßte. — Daß die Römischen Juristen jenes formelle Princip nicht bis zu diesem Grade festhielten, dafür bürgt ihr praktischer Sinn, wenn gleich keine ausdrückliche Beweisstelle dafür allegirt werden kann. (Denn Fr. 3. §. 2. D. 22. 5. gehört gar nicht hieher, und der Ausdruck „notoria" in Fr. 6. §. 3. D. 48. 16, dann c. 7. C. 9. 2. hat eine ganz andere Bedeutung.)

Das canonische Recht ist aber der Consequenz jenes Princips auf dem Punkte, wo dessen Anwendung zur Ungereimtheit und Chicane führen würde, durch die wiederholt vorkommende Bemerkung „notorium non eget probatione" entgegengetreten.

c. 3. X. 2. 21.
c. 8. X. 3. 2.
c. 10. X. 1. 17.

Zwar wollen einige Rechtslehrer diese Vorschrift bloß auf das Gebiet der Kirchendisciplin beschränken, im Civilprocesse aber die Gültigkeit derselben nicht anerkennen.

J. H. Boehmer, J. E. P. lib. II. tit. 1. §. 5 flg.

Karl Christ. Collmann, Grundlin. einer Theor. des Beweises S. 125—129.

Allein c. 3. X. 2. 21. muß sowohl dem Inhalte und der Fassung nach, als auch in Hinsicht auf die Ueberschrift des Titels, in dem es steht, — allgemein verstanden werden, und die Praxis hat jene Vorschrift des canonischen Rechts immer unbedenklich auch auf den Civilproceß angewandt.

Schwieriger ist es übrigens allerdings, auszumitteln, was eigentlich als „notorisch" zu betrachten sey, weil die Erklärungen und Beschreibungen des canon. Rechts in dieser Beziehung etwas unbestimmt und vieldeutig sind, z. B. in

c. 10. X. 3. 2.

c. 24. X. 5. 40.

Dieser Schwierigkeit halber haben Einige den Begriff der Notorietät aus dem Gebiete des Civilprocesses gänzlich verbannt wissen wollen, z. B.

Weber, über Beweisführung S. 44—53, dem auch der Verfasser gegenwärtiger Vorträge in den früheren Auflagen größtentheils folgte.

Allein eine unbefangene Vergleichung aller hierauf Bezug habenden Stellen des canonischen Rechts führt doch wohl zu dem Resultate, daß dasselbe unter einem factum notorium eine solche Thatsache versteht, welche öffentlich und zwar mit solcher Gewißheit bekannt ist, daß ein Wegläugnen desselben nur als eine Chicane betrachtet werden könnte.

c. 8. X. 3. 2.

„*ita publicum*".

c. 10. X. eod.

„quod *nulla tergiversatione celari potest*".

c. 3. X. 4. 13.

Stryk, de notorio in opp. Tom. XII. Disp. 4. §. 15.

G. Friedr. Puchta, Gewohnheitsrecht II. Thl. S. 160 und besonders 163.

Linde, Lehrb. (5te Aufl.) §. 254. not. *

Heffter in den Zusätzen zu Webers Verbindlichkeit u. s. w. (Leipzig 1845.) S. 196—198.

Objectio sucht den Begriff des Notorischen zu bestimmen; Wetzell, Syst. S. 116 flg.

Den Begriff der Notorietät bloß auf große Staats- und Naturbegebenheiten zu beschränken, wie Gönner Hdb. II. S. 259 will, dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden. Vielmehr widerspricht diese Beschränkung dem canonischen Rechte, welches in verschiedenen Stellen Verhältnisse notorisch nennt, welche doch nichts weniger als den Charakter großer Begebenheiten an sich tragen, z. B. c. 10. X. 3. 2. c. 13. X. 5. 3.

Uebrigens erkennt das canonische Recht selbst die naheliegende Möglichkeit einer unrichtigen Anwendung der Regel „notorium non eget etc." an, indem es ausdrücklich vor der Verwechslung des Notorischen mit einem bloßen Gerüchte (fama, rumor, viciniae) warnt.

c. 14. X. 2. 28.

Ob in einem gegebenen Falle Etwas als notorisch zu betrachten sey, hat der Richter zu beurtheilen. — Notoria werden in der Regel ohnehin nicht widersprochen werden. Sollte es aber doch geschehen, so kommt es darauf an, ob die Gegenpartei durch ihre Einwendungen erhebliche Bedenken in dem Richter zu erregen vermag,

oder nicht. In dem letzten Falle nimmt der Richter keine Rücksicht darauf. In dem ersten Falle hingegen, d. h. wenn dem Richter wirklich Zweifel darüber entstehen, ob die Thatsache so gemeinkundig sey, daß das Vorgeben des Gegners, sie sey ihm unbekannt, nur als eine unverantwortliche Ignoranz oder als Chicane betrachtet werden könne, — ist eben kein wahres notorium vorhanden, und der Richter erkennt, wie sonst auf Beweis. Dieser Beweis ist aber nicht auf das Notorischseyn der Thatsache, sondern auf die Thatsache selbst zu richten.

Stryk, l. c. c. 2. §. 15—17.

Gesterding, Nachforsch. II. S. 360 flg.

Außerdem ist noch Folgendes zu bemerken:

1) Gewöhnlich werden in der neueren Doctrin dreierlei Arten der Notorietät unterschieden, nämlich a) Das, was jeder erwachsene, vernünftige Mensch ohnehin wissen muß (Menschenkundigkeit); b) Das, was dem ganzen Publicum mit Zuverlässigkeit bekannt werden mußte (Volkskundigkeit), und c) Das, was dem Gerichte bereits amtlich bekannt ist (Gerichtskundigkeit). Von der ersten Art der Notorietät spricht zwar das canonische Recht nicht ausdrücklich, sondern es scheint vorzugsweise nur die zweite Art im Auge zu haben. Indessen hat es doch gerade in Bezug auf Das, was menschenkundig ist, am wenigsten Bedenken, daß darüber kein Beweis aufgelegt werden könne.

Gensler im Arch. für civ. Prax. I. S. 258.

2) Die Notorietät einer Begebenheit (Volkskundigkeit) ist allerdings nur etwas Relatives, sowohl in Ansehung der Zeit, als auch des Ortes; d. h. es kann ein Ereigniß vor mehreren Jahren notorisch gewesen seyn, welches es jetzt nicht mehr ist; und ebenso kann Etwas an einem Orte als notorisch gelten, was vielleicht an einem andern

Orte unbekannt ist. Allein dieser Umstand hebt den Begriff des Notorischen keineswegs auf, und hindert auch die Anwendung der oben aufgestellten Regel nicht, da der Richter mit Rücksicht auf bestimmte Zeit und Ortsverhältnisse doch immer wird ermessen können, ob etwas als notorium anzusehen sey oder nicht.

3) Was aber die Gerichtskundigkeit betrifft (welche von der Volkskundigkeit getrennt werden soll), so ist es zwar richtig, daß eine Behauptung keines Beweises mehr bedarf, von deren Wahrheit sich der Richter schon in diesem Processe auf legale Art überzeugt hat. — Daß aber alle gerichtlichen, und eben deßhalb dem Richter aus eigener Wissenschaft bekannten Vorgänge, — gleichviel, ob sie in diesem oder in einem anderen Rechtsstreite, oder selbst außer dem Kreise der streitigen Gerichtsbarkeit stattgefunden haben; — ob sie in eigenen Verfügungen des Gerichts, oder in Handlungen anderer Personen bestehen, — wenn sie nur protokollarisch aufgezeichnet sind, — als gerichtskundig zu betrachten und daher nicht zum Gegenstande einer Beweisauflage zu machen seyen,

Wetzell, Syst. S. 117. lit. b.

scheint doch in mehr als einer Hinsicht bedenklich zu seyn. Denn — auch abgesehen davon, daß sich die vollständige Wirkung eines — in einem bestimmten einzelnen Rechtsstreite geführten Beweises (z. B. durch Zeugen, Urkunden, und selbst durch den Augenschein) nur auf diesen Rechtsstreit allein beschränkt, kann man doch dem Richter unmöglich zumuthen, daß er sich von selbst an alle Vorgänge erinnern soll, welche ihm bei der Ausübung der verschiedenen Arten der Gerichtsbarkeit irgend einmal amtlich bekannt geworden sind. Erinnert er sich aber eines solchen von einer Partei behaupteten und von ihrem Gegner widersprochenen Vorganges nicht, so bleibt ihm

doch nichts anderes übrig, als den Beweis darüber aufzulegen; und wenn sodann der Behauptende sich auf das betreffende Gerichtsprotokoll, oder auf die einschlagenden Acten beruft, so liegt darin ein Beweisantritt durch Urkunden. Sollte sich aber der Richter des Vorganges erinnern, oder von dem behauptenden Theile schon gleich Anfangs auf die Gerichtskundigkeit der von ihm behaupteten Thatsache aufmerksam gemacht worden seyn, so würde doch auch in diesem Falle nicht ohne Weiteres das Endurtheil zu fällen, sondern theils aus Rücksicht auf den Grundsatz der s. g. Parteiöffentlichkeit (s. oben S. 42), theils wegen der auch hier nicht ausgeschlossenen Möglichkeit eines Gegenbeweises dem Gegner vorher noch Gelegenheit zu geben seyn, von den betreffenden Acten oder Protokollen Einsicht zu nehmen.

Heffter in den Zusätzen zu Webers Verbindlichkeit S. 199.

Nur die Existenz des gemeinen Rechtes und der förmlich promulgirten Landesgesetze und Verordnungen ist in der Art gerichtskundig, daß jede weitere Beweis- oder Gegenbeweisführung darüber als unstatthaft erscheint (s. oben S. 682); und Dasselbe kann auch noch gerechtfertiget werden in Beziehung auf gerichtliche Verfügungen, welche zugleich öffentlich bekannt gemacht worden sind, z. B. Concursproclame, Prodigalitätserklärungen u. dgl., weil in Fällen dieser Art der Vorgang auch als notorisch zu betrachten ist.

Vgl. über die Gerichtskund. noch:

Borst, über Beweislast. Stuttg. 1835. §. 13.

Reinhardt, Handb. des Proc. I. S. 310 flg.

Schmid, Hdb. II. S. 209.

II. Welcher Partei ist der Beweis aufzulegen?

§. 227.

Als Antwort auf diese Frage kann man begreiflich nicht etwa die Bezeichnung einer Partei erwarten, welche, als solche, ausschließend dazu verpflichtet wäre, alle in dem Rechtsstreite erforderlichen Beweise zu liefern. Denn unter Umständen kann jede Partei, der Beklagte sowohl als der Kläger, zur Beweisführung verbunden seyn. Die Antwort auf obige Frage muß vielmehr den Verpflichtungsgrund enthalten, — welcher, je nachdem er in der einen oder andern Partei zutrifft, bald dieser, bald jener primitiv oder eventuell die Last des Beweises aufbürdet. Die Meinungen über diesen Verpflichtungsgrund waren aber von jeher verschieden. Schon das Röm. Recht drückt sich darüber nicht überall auf gleichförmige Weise aus, indem es bald die Regel aufstellt: „Necessitas probandi incumbit ei, qui agit",

Fr. 21. D. 22. 3.
§. 4. I. 2. 20.
c. 8. 20. C. 4. 19.
c. un. C. 4. 4.

welche eventuell auch auf den Beklagten hinsichtlich seiner exceptiones angewandt wird;

c. 19. C. 4. 19.
c. 9. C. 8. 36.
Fr. 19. pr. Fr. 35. §. 2. in fin. D. 22. 3.

bald den Satz aufnimmt: „ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat";

Fr. 2. D. 22. 3.
c. 23. C. 4. 19.

bald endlich auch einzelne Entscheidungen über die Beweis-

last durch die Rücksicht motivirt, daß eine Partei die Präsumtion gegen sich habe, z. B. in

Fr. 25. D. 22. 3.

Diese verschiedenen Andeutungen im Röm. Rechte sind nachmals in der Doctrin in eigene Systeme ausgewachsen, welche bis in die neueste Zeit ihre Vertreter gefunden haben.

Vgl. darüber: Bethmann-Hollweg, Versuche S. 323—331.

Erwägt man jedoch, daß die erste der eben angeführten Regeln im Röm. Rechte am öftesten wiederholt wird, und daß von derselben die zahlreichsten Anwendungen gemacht werden, so darf man wohl ohne Anstand annehmen, daß dieselbe als der vorherrschend leitende Grundsatz anerkannt war.

Die zweite Regel (ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat) steht ohnehin richtig verstanden, mit jener ersten keineswegs im Widerspruche, sondern ist nur der allgemeinere Ausdruck desselben Gedankens, welcher in der ersten Regel mit besonderer Beziehung auf den Civilproceß ausgesprochen wird.

Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 337 flg.

Joh. Friedr. C. Göschen, Vorles. über das gem. Civilrecht. Götting. 1838. I. Bd. S. 491. Nr. 2.

Man wird daher auch jetzt noch die richterliche Feststellung und Vertheilung der Beweislast in vorkommenden Fällen nach folgenden Regeln zu bestimmen haben:

1) Wer als Kläger ein bestimmtes Recht gerichtlich geltend machen will, muß (wenn es noch nöthig ist) diejenigen Thatsachen beweisen, ohne welche jenes Recht überhaupt gar nicht vorhanden seyn könnte.

2) Was den Beklagten betrifft, so kommt es darauf an, ob er sich bloß durch das Negiren jener das Klage-

recht unmittelbar bedingenden Thatsachen zu vertheidigen sucht, oder durch selbständige Behauptungen, durch welche entweder das Klagerecht in seinem Entstehen verhindert, oder das bereits entstandene wieder aufgehoben werden konnte. In dem ersten Falle ist der Beklagte zum Beweise nicht verpflichtet, d. h. es steht ihm zwar frei, die Unwahrheit der widersprochenen Behauptungen zu beweisen (Recht des directen Gegenbeweises), allein er ist nicht primitiv dazu verbunden, sondern die primitive Beweislast fällt hier auf den Kläger, und wenn ihr dieser nicht genügen kann, so schadet dem Beklagten die Unterlassung des Gegenbeweises nicht (actore non probante reus absolvitur).

c. 4. C. 2. 1.
c. 2. C. 4. 19.
c. 28. C. 3. 32.

In dem zweiten Falle hingegen tritt gewissermaßen der Beklagte in die Rolle eines Klägers ein (in exceptionibus reum partibus actoris fungi oportet);

Fr. 19. pr. D. 22. 3.

es ist daher an ihm, die verhindernde oder aufhebende Thatsache zu beweisen. Mißlingt ihm dieser Beweis, so wird er sachfällig. Nur wird auch hier, wie in dem ersten Falle vorausgesetzt, daß der Beweis der Klage geliefert wurde, indem sonst gleichfalls die Regel eingreift: actore non probante etc.

3) Was so eben von der Beweislast des Beklagten hinsichtlich seiner ersten Vertheidigung gegen die Klage bemerkt wurde, dasselbe gilt auch von der Beweislast des Klägers in Ansehung seiner Repliken, des Beklagten in Ansehung seiner Dupliken u. s. f.

4) Wenn nach den bisher aufgestellten Regeln in einem gegebenen Falle beide Parteien als zum Beweise

verpflichtet erscheinen, was allerdings möglich ist und bei jeder Partei sogar in mehrfacher Beziehung zutreffen kann, — so muß auch eine zusammengesetzte Beweisauflage erfolgen, wobei jedoch das Eventualverhältniß zu beachten ist, in welchem die Nothwendigkeit des Beweises der Einreden zu dem Beweise der Klage, der Repliken zu dem der Einreden u. s. w. steht.

Die Reduction dieser einzelnen, auf jede Partei und ihr mögliches Vorbringen berechneten Regeln auf irgend ein allgemeines, für beide Theile gleichmäßig entscheidendes Princip hat allerdings große Schwierigkeit, wenn man noch immer den strengen Römischen Begriff von exceptio, replica u. s. w. festhalten will, weil sich unter dieser Voraussetzung in Bezug auf Das, was dem Beklagten zu beweisen obliegt, kein vollkommen adäquater Collectivausdruck finden läßt.

S. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 335.

Allein wenn man unter Einreden überhaupt solche Behauptungen des Beklagten versteht, welche das, obgleich seinen wesentlichen Bedingungen nach fundirte Klagerecht als verhindert oder wiederaufgehoben darstellen; — und wenn man ferner die Analogie der Röm. exceptio und actio auf die Einreden in jenem neueren Sinne überträgt, — wie Dieses in der Praxis allenthalben und schon längst geschieht: — so läßt sich das Princip der Beweislast allerdings so ausdrücken:

„Jede Partei, welche einen selbständigen Angriff (Klage, Widerklage u. dgl.), oder Gegenangriff (Einrede, Replik, Duplik u. s. w.) macht, ist verpflichtet, diejenigen noch zweifelhaften Thatsachen zu beweisen, welche zunächst und wesentlich zur Begründung dieses Angriffes u. s. w. nothwendig sind.“

Martin, Lehrb. (12te Aufl.) §. 182.
Weber, über die Verbindl. zur Beweisf. S. 154.
Dagegen:
Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 335;
worüber aber zu vergleichen ist:
Linde in seiner Zeitschr. Bd. I. S. 148 flg.

Dieser Grundsatz bedarf indessen allerdings noch einer näheren Bestimmung:

I. Der angreifende Theil ist nur schuldig, diejenigen Thatsachen zu beweisen, welche ursprünglich zur Entstehung seines Rechtes nothwendig waren. Daß aber das einmal entstandene Recht bis jetzt fortgedauert habe, braucht er nicht darzuthun, sondern der Beweis einer späteren Wiederaufhebung fällt dem Angegriffenen zur Last, wenn er sich darauf beruft. Da die Behauptung einer solchen Wiederaufhebung im Sinne des deutschen Processes eine Einrede ist, so folgt dieser Satz schon aus der allgemeinen Regel. Er ist aber auch im Röm. Rechte anerkannt, wiewohl für eine solche Vertheidigung der Ausdruck exceptio nicht gebraucht wurde, wenigstens dann nicht, wenn die Wiederaufhebung ipso jure geschehen war.

c. 1. C. 4. 19.
Fr. 12. D. 22. 3.
Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 346.

II. Selbst die factischen Bedingungen der ursprünglichen Entstehung des in Frage stehenden Rechtes ist der angreifende Theil nicht ohne Unterschied zu beweisen verpflichtet, sondern es genügt, wenn er nur so viel darthut, als nothwendig ist, um sagen zu können, daß das Rechtsverhältniß seinem wesentlichen Begriffe nach vorhanden sey. Was hiezu erfordert werde, läßt sich aber freilich im Allgemeinen schlechterdings nicht bestimmen,

sondern muß nach den gesetzlichen Vorschriften über die einzelnen Rechtsverhältnisse selbst beurtheilt werden, und diese Vorschriften sind allerdings nicht immer so bestimmt und deutlich, daß eine Meinungsverschiedenheit über die wesentlichen Bedingungen des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses gar nicht Raum finden könnte. Daher werden auch immer, selbst unter Solchen, welche in den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast vollkommen übereinstimmen, doch in vielen einzelnen Fällen abweichende Ansichten über die Beweisauflage vorkommen.

Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 349 u. S. 352.

Einige Anhaltspunkte sind indessen hiebei allerdings dem Richter schon durch die Gesetze gegeben; nämlich:

1) Zur gültigen Erwerbung von Rechten ist zwar auch die persönliche Dispositionsfähigkeit der Betheiligten nothwendig. Allein dessen ungeachtet braucht Der, welcher aus irgend einem Geschäfte ein Recht für sich ableitet, nicht zu beweisen, daß jene Fähigkeit wirklich vorhanden war, sondern es muß vielmehr der Gegner den Mangel derselben darthun, wenn er das Geschäft aus diesem Grunde anficht.

Fr. 5. pr. D. 22. 3.

c. 5. C. 6. 36.

Collmann, Grundlin. einer Theorie des Beweises §. 22.

Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 353. N. 1.

2) Auch von der gehörigen Beschaffenheit der Willensbestimmung und von der Ernstlichkeit der Intention hängt die Gültigkeit und der wirksame Erfolg eines Rechtsgeschäftes ab; es darf nicht Zwang, Irrthum, Betrug, Simulation oder Scherz zum Grunde liegen. Aber auch das Nichtdaseyn dieser Hindernisse braucht von Dem nicht erwiesen zu werden, welcher einen Anspruch aus

irgend einem Geschäfte ableitet, sondern wenn der Gegner ein solches Hinderniß behauptet, und um deßwillen das Geschäft nicht gelten lassen will, so muß er das Daseyn desselben beweisen.

Fr. 14. §. 3. D. 4. 2.
Fr. 25. in f. pr. D. 22. 3.
Fr. 18. §. 1. D. eod.
Collmann a. a. O. §. 18 u. 19.

Wenn hingegen

3) die active oder passive Legitimation zu dem Rechte, welches Jemand gerichtlich verfolgt, bezweifelt oder in Abrede gestellt wird, so muß allerdings er selbst den deßfalls nöthigen Beweis liefern.

arg. Fr. 16. D. 44. 1.
c. 1. C. 3. 8.

Ebenso liegt

4) Dem, welcher aus einem Geschäfte ein Recht ableitet, welches an besondere, durch das Gesetz für nothwendig erklärte Formen gebunden ist, der Beweis ob, daß bei der Eingehung dieses Geschäftes die gesetzlichen Formen beobachtet worden seyen, insoferne die Beobachtung von dem Gegner widersprochen wird.

arg. Fr. 13. §. 2. D. 6. 2.

Inzwischen wird allerdings die Führung dieses Beweises nicht selten durch eintretende Rechtsvermuthungen erleichtert.

§. 8. J. 3. 21. und Fr. 30. D. 45. 1.
§. 17. J. 3. 20.
Fr. 5. §. 1. D. 22. 3.

Stützt sich übrigens ein gerichtlicher Angriff selbst auf die Behauptung, daß bei einem Geschäfte die nöthigen Formen nicht beobachtet worden seyen, so hat im Falle

des Widerspruches der angreifende Theil diesen Mangel darzuthun.

Weber a. a. O. S. 278—287.

5) Wird die Identität des Gegenstandes der Klage, oder der Umfang, oder die Art der geforderten Leistung von dem Beklagten ganz oder theilweise widersprochen, so muß der Kläger den Beweis seiner Behauptung in jeder dieser Beziehungen übernehmen.

III. In Ansehung derjenigen Umstände, worüber dem Gesagten zufolge einer Partei der Beweis obliegt, kommt übrigens darauf nichts an, ob sie dieselben selbst ausdrücklich angeführt, oder in ihren Vorträgen mit Stillschweigen übergangen, und dadurch die Gegenpartei genöthigt hat, zuerst davon Erwähnung zu machen, um sie widersprechen zu können. Auch in diesem letzten Falle trifft die Beweislast den angreifenden Theil; mit andern Worten, der Kläger muß die zur Entstehung seines Rechts erforderlichen Thatsachen beweisen, er mag sie nun selbst angeführt haben, oder sie mögen erst von dem Gegner in Anregung gebracht worden seyn.

v. Gönner II. 34. §. 2.

Auch ist es

IV. gleichgültig, ob die Behauptungen, auf welche ein Angriff gegründet wird, bejahend oder verneinend sind.

S. oben S. 685 flg.

V. Von dem allgemeinen Grundsatze in Ansehung der Beweislast ist nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn die Gesetze selbst es verordnen, was zwar nicht oft, aber doch zuweilen der Fall ist, z. B.

Fr. 25. pr. §. 1. 4. D. 22. 3.

Ueber die ganze Lehre von der Beweislast sind außer den bereits Angeführten noch zu vergleichen:

Bern. Specht, De insufficientia probandi regul. etc. Hal. 1787.

B. J. C. Petri, über Beweislast. Gött. 1806.

Nep. Borst, über die Beweislast im Civilproceß. Bamberg u. Leipz. 1816 (auch Stuttg. 1835).

Gensler im Arch I. S. 264 flg.

Ueber den Beweis der culpa u. des casus insbesondere:

Mühlenbruch, Grundr. S. 158 und 159.

Reinhardt, Handb. des Proc. I. §. 158.

S. noch die oben S. 686 angeführten Schriftsteller.

Von dem sogenannten qualificirten Geständnisse.

§. 228.

In den Gesetzen selbst kommt von einer Unterscheidung zwischen einem reinen und qualificirten Geständnisse nichts vor. Auch die Glosse hat diese Eintheilung des Geständnisses nicht statuirt, wohl aber zur Einführung derselben in die Doctrin Veranlassung gegeben. In den Erläuterungen der c. 9. C. 8. 36. ist nämlich beiläufig der Fall angeführt, daß sich der Kläger auf ein Versprechen des Beklagten berufen, dieser aber erwidert hatte, er habe zwar das Versprechen gegeben, aber nur unter einer Bedingung; — und dabei wird nun die Frage gestellt, „an reus videatur confessus pure, nisi probet conditionem; — an contra videatur negasse, nisi actor probet puritatem, vel conditionem extitisse.“ — Die Fassung dieser Frage beweist offenbar, daß die Glossatoren keineswegs die Absicht hatten, zweierlei Arten des Geständnisses aufzustellen, sondern daß sie vielmehr daran zweifelten, ob eine solche Antwort

des Beklagten als ein Geständniß, oder umgekehrt als eine Negation zu betrachten sey.

Vgl. A. W. S. Francke, Versuch über das qual. Geständn. Kiel 1832. S. 11 flg.

Weil aber in der Frage der Ausdruck vorkommt: „confessus *pure*", so schuf die Doctrin einen Gegensatz dazu, welchen man anfänglich, mit Festhaltung des in der Glosse erwähnten singulären Falles, mit dem Ausdrucke „confessio *conditionalis*" bezeichnete. Der Zweifel, welchen die Glossatoren in diesem Falle geäußert hatten, konnte aber, — wie man bald gewahr wurde, — auch in anderen Fällen entstehen, in welchen der Beklagte das Einräumen der klägerischen Behauptung durch andere Zusätze oder Modificationen beschränkt hatte, als durch die Behauptung einer verabredeten Suspensivbedingung. Jetzt schien also der Ausdruck „confessio *conditionalis*" zu enge zu seyn, und man wählte dafür den Ausdruck „confessio *qualificata*", den man im Gegensatze zur confessio *pura* in allen Fällen gebrauchte, und noch jetzt gebraucht, in welchem dem Geständnisse irgend ein Zusatz oder eine Beschränkung beigefügt ist. Die von den Glossatoren angeregte praktische Frage bezüglich der Beweislast wurde aber ungeachtet der Erweiterung des Gebietes ihrer Anwendung immer noch unverändert fortgeführt, obgleich die Lösung derselben in den meisten Fällen, welche jetzt auch in dieses Gebiet hereingezogen waren, nicht der geringsten Schwierigkeit mehr unterlag. Die Frage stellt sich nämlich jetzt einfach so: „Wenn der Beklagte die Behauptungen des Klägers (oder überhaupt eine Partei die Behauptungen ihres Gegners) zwar zugibt, aber nur unter gewissen Einschränkungen, oder mit gewissen Zusätzen; — muß dann der Kläger, ungeachtet des Geständnisses, seine Behauptung doch beweisen, oder

liegt dem Beklagten ob, die Einschränkung oder den Zusatz zu beweisen?"

Die älteren Rechtslehrer machten die Entscheidung dieser Frage davon abhängig, ob das qualificirte Geständniß capita connexa enthalte oder nicht. In dem ersten Falle hielten sie eine Trennung des Zusatzes von dem Geständnisse für unstatthaft, d. h. der Behauptende mußte entweder den Zusatz mit dem Geständnisse annehmen, oder, wenn er Dieses nicht wollte, seine Behauptung ungeachtet des Geständnisses doch beweisen. In dem zweiten Falle hingegen konnte der Asserent das Geständniß allein benützen, den Zusatz aber widersprechen, und dadurch die Beweislast auf den Antwortenden hinüberwälzen.

Lauterbach, de confess. §. 54 sq.

de Graffen, de conf. qualif. Götting. 1769.

Da man es aber nicht zu einer klaren und sicheren Bestimmung darüber bringen konnte, in welchem Falle die capita eines qualificirten Geständnisses als connexa zu betrachten seyen,

Vergl. z. B. noch Gesterding, Nachforsch. II. S. 129—159.

so hat die neuere Doctrin die Lösung dieser Frage auf einem anderen Wege versucht. Die vorherrschende Ansicht der Neueren besteht nämlich im Wesentlichen darin, daß man demjenigen Theile der Antwort, welcher wirklich das Zugeständniß irgend einer Thatsache enthält, die Wirkung eines unumwundenen Geständnisses einräumt; hinsichtlich des Zusatzes oder der Beschränkung aber lehrt, daß man zunächst die Relevanz derselben zu untersuchen, und dann zu prüfen habe, ob der Zusatz eine Einrede, oder eine (directe oder indirecte, gänzliche oder theilweise) Verneinung enthalte. Auf das Resultat dieser Prüfung

seyen sodann in jedem einzelnen Falle die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast anzuwenden.

v. Linde, Lehrbuch §. 256. (7te Aufl.) und Dessen Abh. I. S. 88 flg.

Schmid, Handb. II. S. 222 flg.

Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht der neueren Proceßlehrer ist auch im Allgemeinen nichts zu erinnern. Denn, wenn der Zusatz anders relevant ist, so wird er sich immer entweder in eine Einrede, oder in eine ausdrückliche oder versteckte, — eine allgemeine oder partielle Verneinung auflösen lassen; und da die Gesetze wegen der zufälligen äußeren Verbindung dieser Erwiderungen mit einem Geständnisse keine besonderen, abweichenden Vorschriften über die Beweislast enthalten, so bleibt nichts anderes übrig, als die gewöhnlichen Vorschriften hierüber auch auf Fälle dieser Art anzuwenden. Nur darf man nicht etwa glauben, daß in Folge dieser Analyse für den Afferenten immer noch ein für den gegenwärtigen Rechtsstreit brauchbares Geständniß übrig bleiben müsse, indem zuweilen der Zusatz dem Geständnisse alle Wirksamkeit benimmt.

Auch ist die Anwendung der neueren Theorie in den meisten Fällen keiner besonderen Schwierigkeit unterworfen. Besteht nämlich a) die Abweichung des Confitenten von den Behauptungen des Klägers bloß darin, daß er das in Frage stehende Rechtsverhältniß in activer oder passiver Beziehung anderen Personen zuschreibt, so liegt darin ein Widerspruch der s. g. legitimatio ad causam, welche nach bekannten Grundsätzen der Kläger durch geeigneten Beweis herzustellen verpflichtet ist. Betrifft b) die Abweichung das Object der Klage, oder die Größe der von dem Kläger geforderten Summe, so hat wieder der Kläger den Beweis zu liefern, weil ihm nach den

allgemeinen Grundsätzen nicht bloß obliegt, die Entstehung des von ihm prätendirten Rechtes, sondern auch den Umfang, oder die Beziehung desselben gerade auf das von ihm in Anspruch genommene Object zu beweisen. Bezieht sich endlich c) die Abweichung auf solche Thatsachen, welche mit der Entstehung oder mit der Wirksamkeit des von dem Kläger behaupteten Rechtes zusammenhängen, so kann man sich die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die Beweislast dadurch erleichtern, daß man untersucht, ob, — wenn auch der abweichende Zusatz wahr wäre, — das von dem Kläger behauptete Rechtsverhältniß doch perfect und klagbar werden konnte, oder nicht. In dem ersten Falle ist der Kläger von der Beweislast frei. Denn der Kläger ist nicht schuldig, mehr zu beweisen, als die thatsächlichen Momente, welche zunächst zur Perfection des von ihm angeführten Geschäftes oder der von ihm erhobenen Klage nothwendig sind; diese Momente werden aber hier als zugestanden vorausgesetzt. Der abweichende Zusatz muß also entweder irrelevant seyn, und dann ist gar kein Beweis darüber aufzulegen; oder er muß eine Einrede enthalten, und dann liegt dem Beklagten die Beweislast ob. — Konnte aber, wenn der dem Geständnisse beigefügte Zusatz als wahr angenommen wird, das von dem Kläger behauptete Geschäft nicht perfect und klagbar werden, oder war das Geschäft unter dieser Voraussetzung ein ganz anderes, als welches der Kläger behauptet hatte, dann hat der Kläger ungeachtet des Geständnisses doch den Beweis zu übernehmen. — Denn wenn der Beklagte ein ganz anderes Geschäft behauptet (z. B. Schenkung anstatt Darlehen), so ist dieses ebensoviel, als wenn er das von dem Kläger behauptete einfach widersprochen hätte. Das s. g. qualificirte Geständniß ist hier vielmehr eine maskirte

Negation. Substituirt aber der Beklagte kein anderes Geschäft, sondern stellt er nur einzelne Requisite der Perfection des von dem Kläger behaupteten in Abrede, so muß der Kläger wenigstens das Daseyn dieser widersprochenen Requisite beweisen. Nicht selten hängen übrigens auch in diesem Falle die widersprochenen Momente mit den zugestandenen so genau zusammen, daß man die ersteren isolirt gar nicht beweisen kann, so daß der Kläger in der That auch hier keinen erheblichen Vortheil aus dem Geständnisse zieht.

Am meisten Schwierigkeit macht hiebei die Beurtheilung des Falles, wenn der Beklagte zwar das von dem Kläger behauptete Geschäft an sich nicht bestreitet, aber zugleich bemerkt, daß dasselbe unter gewissen Modalitäten (z. B. sub die oder sub conditione) abgeschlossen worden sey, von welchen der Kläger keine Meldung gemacht hatte.

Die Verschiedenheit der Ansichten hierüber kann auch durch die neuere Theorie über die Beweislast im Falle eines qualificirten Geständnisses nicht ausgeglichen werden, indem Einige in dem modificirenden Zusatze eine Einrede, z. B.

Bethmann-Hollweg, Versuche S. 354. Nr. 2.
v. Helmolt, Verhältniß der Except. u. s. w. (unter Bezug auf die C. G. O. von 1507. V. §. 4.) S. 322.

Andere hingegen, z. B.

Weber, Verbindl. S. 328,

vielmehr eine indirecte Verneinung erblicken, und daher auch bei übereinstimmender Anerkennung der neueren Theorie doch zu einem entgegengesetzten Resultate gelangen.

Auch in diesem Falle scheint übrigens die oben aufgestellte Regel die sicherste Richtschnur der Entscheidung an die Hand zu geben. Wäre nämlich das in Frage stehende Geschäft gar nicht zur Perfection gekommen, wenn man die dem Geständnisse beigefügte Modification als wahr voraussetzt, so trifft die Beweislast den Kläger. Im entgegengesetzten Falle aber trifft sie den Beklagten. Behauptet also z. B. der Beklagte, daß das Geschäft sub die certo oder mit einer Resolutivbedingung abgeschlossen worden, der dies aber noch nicht eingetreten, oder die Resolutivbedingung eingetreten sey, so hat der Beklagte den Beweis zu übernehmen, weil der dies und die Resolutivbedingung die Perfection des Geschäftes nicht hindern. — Dasselbe gilt auch in dem Falle, wenn sich der Bekagte auf eine Suspensivbedingung beruft, welche aber erst später, nach dem Abschlusse des Hauptgeschäftes, verabredet worden seyn soll, weil auch in diesem Falle das Geschäft wirklich schon einmal perfect war, und nur hinterher wieder durch eine neue Verabredung in Frage gestellt wurde. Wenn aber der Beklagte behauptet, daß schon ursprünglich nur unter einer Suspensivbedingung contrahirt worden sey, dann hat der Kläger den Beweis zu führen. Denn so lange die Bedingung noch nicht eingetreten ist, erscheint auch der Vertrag nicht als perfect, und der Beklagte könnte ohne Verletzung seines Gewissens den von dem Kläger behaupteten Vertrag auch ganz einfach ohne weiteren Beisatz widersprechen, in welchem Falle Niemand daran zweifeln würde, daß die Beweislast auf den Kläger fiele. — Die Frage aber, — was der Kläger in diesem Falle zu beweisen habe, ob überhaupt nur das Geschäft, wie er dasselbe behauptet hatte, oder insbesondere die Unbedingtheit (puritas negotii), muß nach dem hier angenommenen Standpunkte

consequent dahin entschieden werden, daß der Kläger überhaupt nur das Geschäft, wie er es behauptet, zu beweisen habe. Denn, wenn das Vorschützen einer Suspensivbedingung nur eine verhüllte Negation ist, so gehört der Beweis der Bedingung in das Gebiet des directen Gegenbeweises. Einen directen Gegenbeweis ist aber der Kläger nicht schuldig zu widerlegen, ehe derselbe noch angetreten wurde.

Was die Literatur über das qualificirte Geständniß im Allgemeinen betrifft, so sind außer den bisher angeführten Schriften vorzugsweise noch folgende zu bemerken:

J. H. Boehmer, J. E. P. lib. II. Tit. 18. §. 2 u. 3.
v. Gönner, Hdb. II. S. 391.
H. E. Bornemann, über die conf. qual. 1806.
Sibeth, Skizze einer neuen Theor. S. 47 flg.
Gensler im Arch. f. civ. Prax. I. S. 45.
Sommer ebendas. IV. S. 23.
C. Schütz, de conf. qual. Tubing. 1826.
Mühlenbruch, Grundr. S. 163.
Brackenhöft im Archiv für civ. Prax. Bd. XXII. S. 126 flg. und S. 212 flg. (wohl die erschöpfendste, mit ebensoviel Scharfsinn als Gewissenhaftigkeit durchgeführte Abhandlung über diesen Gegenstand).
Kierulff, Theorie des gem. Civilr. S. 294 flg.
Wetzell, Syst. I. S. 107 flg.

Ueber die Frage, wer in dem Falle einer von dem Beklagten behaupteten Suspensivbedingung zum Beweise verpflichtet sey, s. insbesondere:

Götting in der Zeitschrift von Linde u. Marezoll. N. F. Bd. III. Heft 2. S. 165 u. flg. gegen Haenel in derselben Zeitschr. Bd. I. Nr. 7.

Ueber die Untheilbarkeit des Geständnisses nach französischem Rechte (Cod. civ. Art. 1356):

Mittermaier im Archiv für civil. Prax. Bd. XVI. S. 84 flg.

A. W. S. Francke, Vers. über das qual. Geständn. Kiel 1832.

C. A. zum Bach, das Geständn. vor dem Civilger. in seiner Unzertrennlichkeit. Köln 1845.

Wenn die einzelnen schwierigen Fälle (zu welchen vorzugsweise der schon von den Glossatoren angeregte Fall zu zählen ist) bei der Entwicklung der allgemeinen Grundsätze über die Beweislast erörtert würden, so könnte nicht nur die ganze Lehre von dem sogenannten qualificirten Geständnisse entbehrt, sondern auch manche Wiederholung, und damit zugleich der verwirrende Einfluß vermieden werden, welche die selbständige Behandlung dieser Lehre bisher verursacht hat. — Wetzell in s. Systeme hat bereits auf diese Bahn eingelenkt.

III. Wie ist der Beweissatz zu fassen?

§. 229.

Da das Beweisinterlocut hauptsächlich den Zweck hat, Mißgriffe in der Wahl des Beweisthema zu verhindern, so ist die bei einigen, namentlich sächsischen Gerichten herrschende Gewohnheit nicht zu billigen, nach welcher man den Beweis nur in ganz allgemeinen Formeln aufzulegen pflegt, z. B. „Kläger habe den Grund seiner Klage und was davon verneint worden darzuthun."

Weber, über die Verb. zur Bew. S. 32 flg.

Aber auch der Vorschlag, den Beweissatz nur auf das Daseyn des von der Partei behaupteten Rechtes, oder der streitigen Verbindlichkeit u. dgl. im Allgemeinen zu beschränken,

v. Gönner, Hdb. II. 38.

dürfte als Regel nicht zu empfehlen seyn, theils, weil auch bei dieser Form der Zweck des Beweisinterlocutes verfehlt, theils auch, weil dadurch zu unstatthaften Veränderungen des ursprünglich gewählten Klagegrundes u. s. w. Anlaß gegeben werden könnte.

Am meisten scheint die Ansicht Derjenigen für sich zu haben, welche verlangen, daß in dem Beweisinterlocute die einzelnen factischen und relevanten Behauptungen, welche noch bestritten sind, und von deren Wahrheit die Zuerkennung des darauf begründeten Anspruches zunächst abhängt, speciell ausgedrückt werden sollen.

v. Grolman §. 168.

Ueber die Art der Redaction und die Wahl der Worte lassen sich aber begreiflich keine strengen Rechtsregeln aufstellen, sondern hierüber entscheiden nur Rücksichten der Zweckmäßigkeit und Klugheit. Allzu große casuistische Aengstlichkeit ist hiebei ebensowenig zu billigen, als eine das wesentliche Detail unberührt lassende Allgemeinheit des Ausdruckes. Deutlichkeit, Bestimmtheit und Kürze sind die formellen Eigenschaften eines guten Beweisinterlocuts, wobei jedoch in materieller Hinsicht das Hauptaugenmerk immer darauf gerichtet bleiben muß, daß die den Parteien zustehenden Befugnisse weder über die durch die bisherige Actenlage vorgezeichnete Gränze erweitert, noch auch mehr, als diese Gränze es erheischt, beschränkt werden.

Planck, über das Beweisurtheil S. 274.

Ueber den praktischen Tact der Römischen Juristen bei

Abfassung der formula (welche immerhin einige Aehnlichkeit mit unserem Beweisinterlocute hatte) s. Keller, der Römische Civilproceß I. S. 155 unten flg.

Als instructive Bemerkungen über die Fassung des Beweisurtheils verdienen folgende hervorgehoben zu werden:

1) Läßt sich der Inbegriff des historischen Details durch einen technischen Ausdruck ganz bestimmt bezeichnen, und ist auch nicht zu besorgen, daß durch eine solche Bezeichnung Gelegenheit zur Verrückung des bisher festgehaltenen speciellen Klagegrundes gegeben werden möchte, so ist gegen eine solche Abkürzung nichts einzuwenden. — Auch kann

2) durch genaue Beziehung auf diejenigen Theile eines Parteivortrages, welche die zu beweisenden Behauptungen oder Sätze enthalten, deren Wiederholung im Interlocute vermieden werden.

Gensler im Arch. I. S. 353 flg.

3) Hat sich eine Partei schon im Laufe des ersten Verfahrens auf Thatsachen berufen, welche nicht als die unmittelbare Grundlage des zu verfolgenden Rechtes erscheinen, sondern nur einen Schluß auf die Wahrheit des unmittelbar begründenden Factums zulassen, m. a. W. hat eine Partei Vermuthungen für sich angeführt, so ist der Beweissatz nicht auf diese nur mittelbar relevanten Thatsachen (auf die Prämissen des Schlusses), sondern auf das den Anspruch direct begründende Factum zu richten. — Selbst bei Rechtsvermuthungen dürfte hievon keine Ausnahme zu machen seyn, wenn die Prämissen derselben widersprochen wurden. Nur dann wäre die Beschränkung des Beweissatzes auf die Prämisse allein zu rechtfertigen, wenn sich aus den bisherigen Vorträgen

unzweideutig ergäbe, daß die Parteien nur jene Prämisse allein, keineswegs aber den Satz, welcher in der Schlußfolgerung enthalten ist, in **seiner Allgemeinheit**, zum Gegenstande der Contestation und des Streites machen wollten.

Vgl. **Bolgiano** in der Zeitschr. von **Linde**, N. F. Bd. X. S. 268 flg.

Planck a. a. O. S. 279.

4) Hat der angreifende Theil seinen Anspruch durch mehrere Gründe unterstützt, von welchen jeder für sich allein schon hinreichend gewesen wäre, den Anspruch zu rechtfertigen, so muß zwar der Beweis über alle diese Gründe, aber nur **alternativ** aufgelegt werden.

Gensler a. a. O. S. 384.

Götz im Arch. für civ. Prax. Bd. VI. S. 163 flg.

Mühlenbruch, Grundr. S. 168. Nr. 2.

5) Insofern die Summe, der quantitative Betrag Dessen, was der Kläger in Anspruch nimmt, durch das Beweisverfahren eine Verminderung erleiden könnte, pflegt man sich in dieser Hinsicht solcher Ausdrücke zu bedienen, welche dem Richter für jeden möglichen Erfolg freien Spielraum übrig lassen.

Wenn, was allerdings vorkommen kann, beiden Theilen Beweis aufzulegen ist, z. B. dem Kläger in Ansehung der Klage, dem Beklagten in Ansehung einer peremtorischen Einrede, so sollen zwar nach der Eventualmaxime diese verschiedenartigen Beweise in **der Regel** in demselben Interlocute aufgelegt werden; allein diese fortschreitenden Beweisauflagen sind doch auf solche Art vorzutragen, daß dabei der Grundsatz: „actore non prob. reus absolvitur“ nicht als verletzt erscheint.

Vgl. darüber **Weber** a. a. O. S. 305.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß bei der Auflage eines jeden selbständigen Beweises, z. B. der Klage, einer Einrede u. dgl., dem Gegner ausdrücklich der (directe) Gegenbeweis vorbehalten zu werden pflegt, und daß immer auch eine peremtorische Frist zur Antretung des Beweises in dem Interlocute bestimmt werden soll. Das Weitere hievon wird jedoch später vorkommen.

Von der rechtlichen Natur des Beweisinterlocuts.

§. 230.

Zum Schlusse der Lehre von dem Beweisinterlocute ist noch die Frage zu untersuchen, ob dieses Interlocut der Rechtskraft fähig ist oder nicht? Die Verschiedenheit der Ansichten über diese Frage ist besonders in der neuesten Zeit bestimmter und lebhafter hervorgetreten, als in irgend einer früheren, wozu ohne Zweifel der Umstand beigetragen hat, daß bei dem allgemein erwachten Streben nach einer Verbesserung des gerichtlichen Verfahrens in Deutschland dieser Gegenstand wegen seiner praktischen Folgen vorzüglich dazu geeignet war, die Aufmerksamkeit Derjenigen auf sich zu ziehen, welche sich zur Vorbereitung einer Reform auf diesem Gebiete berufen fühlten. Dieser Richtung ist es übrigens auch zuzuschreiben, daß sich die Vertreter der verschiedenen Ansichten bei der Vertheidigung derselben keineswegs auf die positiven Quellen des gemeinen Proceßrechtes beschränkten, sondern auch allgemeine Gründe der Zweckmäßigkeit mit hereinzogen; — ja zum Theile diesen Gründen selbst für das bestehende Recht ein entscheidendes Gewicht beilegten. Da es jedoch hier nicht darum zu thun ist, irgend einen

Vorschlag für eine künftige Gesetzgebung zu rechtfertigen, sondern nur nachzuweisen, welche Auffassung der Sache dem bisherigen Entwickelungsgange des Processes in Deutschland am meisten entspricht, so sind die bloß legislativen Gründe zunächst außer Betracht zu lassen.

Faßt man nun bloß die gesetzlichen Quellen des gemeinen deutschen Processes in das Auge, so muß allerdings zugegeben werden, daß diese keine Bestimmung enthalten, welche dem Beweisinterlocute die Fähigkeit zur Erlangung der Rechtskraft beilegte. Aus den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Zulässigkeit der Appellation folgt vielmehr, — wenn man von der oft nur sehr willkürlichen Auslegung derselben in der Doctrin und Praxis absieht, — daß die Appellation gegen eine Zwischenauflage des Richters, den Beweis betreffend, keineswegs sogleich nothwendig war, sondern auch noch bei der Berufung gegen das späterhin erfolgende Endurtheil nachgeholt werden konnte. Denn was insbesondere

1) den Römisch-Justinianischen Proceß betrifft, so ist zwar nicht zu läugnen, daß auch schon in diesem nicht selten interlocutiones vorkommen mußten, welche sich auf die Beweislast und den Beweissatz bezogen. Auch ist bekannt, daß der Richter in dieser Beziehung nicht willkürlich erkennen durfte, sondern sich an gesetzliche Grundsätze und Vorschriften halten mußte. Allein diese Zwischenbescheide trugen einmal durchaus nicht den Charakter unseres heutigen Beweisinterlocuts, d. h. sie bildeten nicht den regelmäßigen formellen Scheidepunkt zwischen bloßen „Behauptungen und Antworten" einerseits, und „Beweisen und Gegenbeweisen" andererseits, da eine solche Absonderung dem Röm. Verfahren gänzlich fremd war; — und dann gestattete das Röm. Recht in der Regel die Appellation

nur gegen das Endurtheil, nicht auch gegen bloße Zwischenverfügungen, so daß von einer Rechtskraft jener interlocutiones in keinem Falle die Rede seyn konnte.

2) Ebensowenig findet sich in dem canonischen Rechte eine Bestimmung, aus welcher man auf die Fähigkeit solcher Interlocute zur Erlangung der Rechtskraft schließen könnte. Zwar gestattete das canonische Recht, abweichend von dem Römischen, die Appellation auch gegen Zwischenbescheide, jedoch nicht in der Art, daß man in jedem Falle, in welchem man sich durch einen solchen Bescheid beschwert glaubte, auch sofort hätte appelliren müssen. Nur erlaubt war eine Berufung dieser Art; wenn aber eine Partei dieselbe unterlassen hatte, so stand es ihr doch immer noch frei, ihre Beschwerde in der Appellation gegen das Endurtheil nachzuholen. Für nothwendig wurde die Zwischenappellation nur in solchen Fällen erklärt, in welchen die interlocutoria der Hauptsache selbst nicht präjudicirte, was jedoch von einem Beweisinterlocute nicht gesagt werden kann.

c. 12. in 6to 2. 15.

Uebrigens waren Beweisinterlocute in ihrer jetzigen formellen Bedeutung dem canonischen Processe eben so fremd, wie dem Römischen. Dieselbe Bemerkung gilt

3) auch von dem kammergerichtlichen Processe. So lange noch das articulirte Verfahren bestand, war nämlich dem Gerichte keine Veranlassung gegeben, sich primitiv über die Beweislast und den Beweissatz in einem eigenen Decrete auszusprechen, weil jede Partei durch die Vorlage der Artikel sowohl die Beweislast selbst übernahm, als auch den Gegenstand ihrer Beweisführung selbst bestimmte. Die Thätigkeit des Gerichts war hiebei nur eine nachfolgende mehr negative und formelle; und beschränkte sich darauf, die vorgelegten Artikel zu

prüfen, die offenbar irrelevanten zu verwerfen (zweifelhafte Artikel wurden salvo jure impertinentium et non admittendorum zugelassen), zur Beweisung der relevanten Artikel aber eine Frist zu bestimmen.

C. G. O. 1555. Thl. III. Tit. 26. §. 1. — Tit. 29. §. 1. — Tit. 43. §. 4. — Tit. 16. §. 3.

Der Ausspruch über die Zulässigkeit der Artikel wird zwar in den Reichsgesetzen auch „Erkenntniß" genannt;

C. G. O. a. a. O. Tit. 43. §. 4.

allein eine bindende Kraft wurde demselben für den Richter nicht beigelegt.

Gail. Obs. I. Obs. 81 u. Obs. 107. nro. 5.

Die Aufhebung des articulirten Verfahrens wäre nun zwar eine sehr naheliegende Veranlassung dazu gewesen, dem Richter in Beziehung auf die Bestimmung der Beweislast und des Beweissatzes eine selbständige Stellung einzuräumen. Der J. R. A. von 1654, welcher jene Aufhebung bewirkte, ging jedoch nicht so weit, sondern überließ es, wie bisher, den Parteien, entweder den Beweis (insbesondere den Urkundenbeweis) sogleich mit dem Vortrage ihrer Behauptungen zu verbinden, oder nach erfolgter Verneinung der letzteren von Seite des Gegners den Beweis anzutreten. Dabei wurde den Parteien, wenn sie ihre Behauptungen durch lebendige Kundschaft (Zeugen) zu beweisen gesonnen waren, ausdrücklich gestattet, zum Behufe des Zeugenverhörs Probatorialartikel zu übergeben.

J. R. A. §. 35, 39, 41, 45, 47, 48 u. 49.

Die Thätigkeit blieb also auch jetzt noch nur auf die Zurückweisung unnöthiger und irrelevanter Beweisführungen, sowie auf die hiebei nöthigen Fristbestimmungen beschränkt.

J. R. A. §. 50.

Ein Beweisinterlocut im Sinne des heutigen gemeinen Processes ist daher auch noch dem J. R. A. unbekannt. Zwar will

Guyet im Arch. für civ. Prax. Bd. XV. S. 413. not. 37.

in dem vorher citirten §. 50 des J. R. A. die Anordnung eines solchen Beweisinterlocutes finden. Allein diese Stelle spricht nur von der Prüfung eines bereits von den Parteien selbst schon angetretenen Beweises.

Vgl. über die bisherige Darstellung:

Hassenpflug, kleine Schriften I. Bdch. S. 68—82, und besonders

Planck, Beweisurtheil S. 194—206.

Fortsetzung.

§. 231.

Wenn aber auch das Beweisinterlocut in seiner jetzt üblichen Stellung und Form in dem Röm. und canonischen, — sowie in dem, diesem nachgebildeten kammergerichtlichen Processe nicht vorkommt, so finden wir doch dasselbe, — wie Planck (a. a. O. S. 3 bis 82) durch zahlreiche und unverwerfliche Belege historisch nachgewiesen hat, im älteren deutschen Gerichtsverfahren. Diese altdeutschen Beweisurtheile haben sich aber auch unter dem Einflusse des eindringenden Romanischen Rechts in dem Gerichtsgebrauche einzelner Länder, namentlich in Sachsen fortwährend erhalten, und sind nach der Aufhebung des articulirten Verfahrens im 17ten und 18ten Jahrhundert durch den Einfluß sächsischer Juristen allmählich auch in die Praxis derjenigen Länder übergegangen, welche sich früher dem kammergerichtlichen Systeme

angeschlossen hatten. — Die sächsischen Beweisurtheile hatten zwar nur eine sehr generelle Fassung (z. B. Kläger hat den Grund der Klage, soweit derselbe verneint worden, zu beweisen); allein Rücksichten der Zweckmäßigkeit, welche selbst im §. 50 der J. R. A. — wenn auch in einer anderen formellen Beziehung — ausdrücklich anerkannt worden waren, führten bald auch zu einer speciellen Fassung des Beweissatzes.

Was aber die Frage betrifft, ob diesen Beweisurtheilen auch die Appellabilität und die Fähigkeit zur Erlangung der Rechtskraft beizulegen sey, so ist die Bejahung derselben nach sächsischem Gerichtsgebrauche nie bezweifelt worden. In der Doctrin suchte man aber diesen Gebrauch auch durch Berufung auf Vorschriften des Röm. Rechts und der Reichsgesetze zu rechtfertigen. Schon im Röm. Rechte kommt nämlich die Bestimmung vor (c. 11. C. 7. 45.), daß der Richter, wenn er die Entscheidung des Streites von der vorgängigen Leistung eines Eides abhängig machen wolle, der Eidesauflage auch sogleich die rechtliche Folge der wirklichen Ableistung oder Verweigerung des Eides beizufügen habe (s. oben S. 410), und ein in solcher Weise bedingtes Endurtheil wurde für appellabel und der Rechtskraft fähig gehalten. Diese Vorschrift wurde nun analog auch auf das Beweisurtheil angewandt, indem man auch dieses als ein eventuelles Endurtheil auffaßte, nur mit einer anderen Bedingung („si probaveris“ statt „si juraveris“). Andere benützten aber den von der Schule der Romanisten aufgestellten und auch von den Reichsgesetzen anerkannten Satz, daß ausnahmsweise auch gegen eine interlocutio appellirt werden könne, wenn sie die Kraft eines Endurtheils (vim definitivae sent.) habe, indem, wie sie glaubten, dem Beweisinterlocute diese Kraft nicht abgesprochen

werden könne. Gegen diese Argumentation ließ sich freilich mancherlei einwenden, und von einzelnen Juristen ist Dieses auch wirklich geschehen. Allein der deutsche Gerichtsgebrauch hat sich doch überwiegend der Ansicht der sächsischen Juristen angeschlossen, daß das Beweisinterlocut auch nach gemeinem Rechte appellabel, — und zugleich (was übrigens keineswegs nothwendig daraus folgte) der Rechtskraft fähig sey. Im 18ten Jahrhundert ist diese Ansicht auch von der Mehrzahl der deutschen Rechtsgelehrten vertheidigt und selbst in mehrere Particulargesetzgebungen aufgenommen worden.

Detaillirte Nachweisungen über den hier angedeuteten Entwickelungsgang s. bei Planck a. a. O. S. 206—228.

Auch der in der neuen Doctrin zur überwiegenden Herrschaft gelangte Grundsatz, daß jedes s. g. Decisivdecret rechtskräftig werden könne (s. oben S. 431), führt zu demselben Resultate, indem den Parteien in dem ersten Verfahren Gelegenheit gegeben ist, nicht nur die zur Begründung ihrer Proceßrechte dienenden Behauptungen aufzustellen und gegenseitig zu bestreiten, sondern auch über die Beweislast und den Beweissatz ihre Ansichten zu entwickeln, so daß man sagen kann, das Beweisinterlocut enthalte einen richterlichen Ausspruch über solche Fragen, über welche bereits beiden Theilen Gelegenheit gegeben war, sich in ihren Streitvorträgen gegenseitig zu äußern. Wenn sie von dieser Gelegenheit keinen Gebrauch machten, so kann deßhalb dem Beweisinterlocut die Eigenschaft eines Decisivdecretes doch nicht abgesprochen werden, weil die Bestimmung der Beweislast und des Beweissatzes Sache der rechtlichen Beurtheilung ist, und auch das Endurtheil deshalb nicht die Kraft eines Decisivdecrets verliert, weil sich die Parteien im contra-

dictorischen Verfahren nur über thatsächliche Verhältnisse, nicht aber auch über die darauf anzuwendenden Rechtsgründe geäußert haben.

Fortsetzung.

§. 232.

Nimmt man aber an, daß das Beweisinterlocut rechtskräftig werden könne (und wenn man den Gerichtsgebrauch als eine Quelle des gemeinen Processes anerkennt, wird man nicht umhin können, Dieses anzunehmen), so muß man consequent auch die Wirkungen der Rechtskraft hier, wie bei anderen Urtheilen gelten lassen Man wird daher zugeben müssen,

1) daß die Parteien, wenn sie nicht rechtzeitig ein ordentliches Rechtsmittel gegen das Interlocut eingewandt haben, an die Bestimmungen desselben, sowohl über die Beweislast, als über den Beweissatz gebunden sind; — sowie

2) daß auch der Richter, und zwar sowohl der Richter der ersten, als einer höheren Instanz von den Festsetzungen eines rechtskräftigen Beweisinterlocuts ebensowenig mehr abweichen kann, als von den Bestimmungen eines rechtskräftigen Endurtheils. Ob der Richter, welcher das Endurtheil zu fällen hat, mit den Ansichten des Richters, von dem das Beweisinterlocut ausgegangen war, übereinstimmt oder nicht, ist gleichgültig. Seine Aufgabe beschränkt sich bloß darauf, zu prüfen, ob der aufgelegte Beweis hergestellt wurde oder nicht, und nach dem Ergebnisse dieser Prüfung hat er auch das Endurtheil zu sprechen, gleichviel, ob der Beweissatz relevant oder irrelevant, überladen oder unvollständig war.

Diese Consequenz kann allerdings zuweilen den endlich urtheilenden Richter in eine peinliche Lage bringen, weil er gegen seine individuelle Ueberzeugung lossprechen oder verurtheilen muß; und die Scheu vor der Möglichkeit eines solchen Erfolges war ohne Zweifel der Hauptbeweggrund zu den hie und da schon in früherer, noch öfter aber in der neuesten Zeit gemachten Versuchen, die Rechtskraft der Beweisinterlocute nicht bloß vom legislativen, sondern auch von dem positiven Standpunkte des gemeinen Rechtes entweder gänzlich, oder doch theilweise zu bekämpfen. Ein Versuch der ersten Art findet sich u. A. in

Hassenpflug, kleinen Schriften I. S. 68 flg.

Nur mit gewissen, zum Theile erkünstelten oder mit der anerkannten allgemeinen Natur der Rechtskraft kaum vereinbaren Beschränkungen wird aber dem Beweisinterlocute diese Kraft zugestanden von

Martin, Lehrb. §. 180. not. k.
Heffter, Syst. §. 371.
v. Linde, Lehrb. §. 245.
v. Pape im Archiv für civil. Praxis Bd. XXX. S. 107 flg.

Da jedoch der vorherrschende deutsche Gerichtsgebrauch dem Beweiserkenntnisse einmal die Natur eines appellablen und der Rechtskraft fähigen Urtheils beigelegt hat, so ist die unangenehme Folge, welche diese Eigenschaft für den definitiv erkennenden Richter zuweilen haben kann, offenbar ohne entscheidendes Gewicht, indem ja der Richter in Folge der Rechtskraft auch in die Lage kommen kann, ein Endurtheil durch Zwangsmaßregeln vollziehen zu müssen, von dessen materieller Ungerechtigkeit er doch individuell vollkommen überzeugt ist. — Auch ist, dem Vorwurfe der Härte gegenüber, welchen

man dem gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauche zu machen pflegt, nicht zu übersehen, daß den Parteien, welche mit dem Inhalte des Beweisurtheils unzufrieden sind, gestattet ist, dagegen die Berufung zu ergreifen; sowie, daß die Rechtskraft durch unheilbare Fehler des Urtheils, namentlich durch die Unmöglichkeit des darin Angeordneten (Fr. 3. D. 49. 8.), oder durch wirkliche Unverständlichkeit der Anordnung selbst verhindert wird. — Die hier angenommene Ansicht wird im Wesentlichen, wenn gleich nicht überall aus demselben Grunde vertheidigt von

Mittermaier, der gemeine deut. Proc. Beitrag 2. S. 121 flg.

Gensler im Arch. für civ. Prax. I. S. 362 flg.

Guyet ebend. XV. S. 401 flg.

Besonders aber Planck a. a. O. S. 300 flg.

Brackenhöfts Darstellung (Arch. f. civ. Pr. XXVIII. S. 206 flg.) ist mir nicht durchgehends klar geworden.

Schmid, Hdb. II. §. 122.

Legislative Betrachtungen und Vorschläge über diesen Gegenstand liefern u. A.

Gr. v. Arco, von den Ursachen der außerord. Zunahme der Berufungen ꝛc. München 1822. §. 48.

Dr. W. H. Puchta, über bürg. Rechtspflege S. 86.

Götz, im Archiv für civil. Praxis VI. S. 161 flg.

Betrachtungen über Gegenstände des schriftlichen Civilprocesses. Erlangen 1845.

Planck a. a. O. S. 364 flg.

Piris im Gerichtssaal, 2ter Jahrg. Maiheft S. 379 flg.

Schlüßlich ist übrigens noch zu bemerken, daß sich die Rechtskraft des Beweisinterlocuts nur auf die Bestimmung der Beweislast und des Beweissatzes, keines-

wegs aber auch auf die Anordnung der Beweisfrist (als eine bloß proceßleitende Verfügung) bezieht; sowie, daß das Beweisurtheil auch in Ansehung der beiden ersten Punkte nur in dem Sinne rechtskräftig wird, in welchem es der erkennende Richter einer vernünftigen Auslegung zufolge verstanden wissen wollte.

Planck a. a. O. S. 305 flg.

Von der richterlichen Verfügung im Falle eines anticipirten Beweises.

§. 233.

Anticipirt nennt man den Beweis dann, wenn eine Partei freiwillig damit auftritt, ohne das richterliche Interlocut abzuwarten. Da dieser Begriff voraussetzt, daß regelmäßig in jedem ordentlichen Processe der Beweis durch ein richterliches Interlocut aufgelegt werden soll, solche Interlocute aber in der Art und in dem Umfange, wie sie jetzt üblich sind, weder im Röm. Processe, noch in dem Verfahren nach canon. Rechte, noch endlich in dem reichsgerichtlichen Processe vorkamen,

Vgl. Goldschmidt, Abh. S. 51 flg.

Mittermaier, der gem. d. Pr. 2. Beitr. S. 142. (Aufl. 2.)

Heffter, Inst. S. 349 flg.

sondern den Parteien rücksichtlich der Beweisführung ein viel freierer Spielraum gelassen wurde, so würde man sich in den gesetzlichen Quellen des gemeinen Processes vergebens nach ausdrücklichen Vorschriften über die Anticipation des Beweises umsehen. Auch der Beweis, von dem der J. R. A. in den §§. 35 und 39 handelt, ist eigentlich kein anticipirter in dem jetzigen Sinne, d. h.

ein dem Beweisinterlocute vorgreifender, sondern kann nur insofern anticipirt genannt werden, als der Kläger nicht dazu verpflichtet war, schon bei Ausziehung der Processe, oder in primo termino damit aufzutreten. Dessen ungeachtet werden aber diese Stellen vorzugsweise auch jetzt noch in dieser Lehre benützt, welche übrigens auf dem neueren Gerichtsgebrauche und auf allgemeinen Ansichten beruht.

Als leitende Grundsätze werden gewöhnlich folgende aufgestellt:

I. Jeder Partei ist es erlaubt, aber keine ist verpflichtet den Beweis zu anticipiren.

Arg. J. R. A. §. 35.

II. Da es Sache des Richters ist, zu bestimmen, was bewiesen werden soll, so kann ein Mißgriff des Anticipanten in dieser Hinsicht den Richter nicht binden.

J. R. A. §. 50.

III. Da das gemeine Recht eine gesetzliche peremtorische Beweisfrist nicht kennt, und im Falle einer Anticipation auch der Richter noch keine solche festgesetzt hat, so kann

1) der Anticipant bis zum Beschluß der Sache noch immer neue Beweismittel nachtragen, und

2) im Falle des Mißlingens des anticipirten Beweises muß sogar der Richter auf besseren Beweis erkennen. Nach diesen Grundsätzen und zum Theile mit Rücksicht auf den J. R. A. bestimmt man nun die richterlichen Verfügungen im Falle einer Anticipation. Hat nämlich

A. der Kläger den Beweis schon mit der Klage anticipirt, so unterscheidet man, ob die Beweismittel Urkunden sind oder nicht. In dem ersten Falle sollen die Urkunden dem Beklagten sammt der Klageschrift mitgetheilt und demselben nach J. R. A. §. 37 und 39 aufgelegt werden, „sich in puncto recognitionis recognoscendo vel diffitendo

unter gewöhnlichem Präjudiz vernehmen zu lassen.“ In dem zweiten Falle aber soll zwar die Mittheilung auch geschehen, der Beklagte aber nicht schuldig seyn, sich jetzt schon auf Gegenhandlungen wider den anticipirten Beweis einzulassen, obwohl der J. R. A. §. 37 verb. mit §. 35 das Gegentheil verordnet. Dieselben Regeln läßt man

B. analog auch für den Fall gelten, wenn der Beklagte den Beweis seiner Einreden sogleich in der Exceptionsschrift anticipirt.

C. Hat der Kläger den Beweis seiner Klage, anstatt zu repliciren, freiwillig angetreten, so soll der Richter prüfen, ob ihm wirklich die Beweislast obliegt, und ob er auch das rechte Thema getroffen hat. Ist beides der Fall, so soll zwar diejenige Verfügung getroffen werden, welche nach der Beschaffenheit der gewählten Beweismittel hätte erfolgen müssen, wenn der Beweis in Gemäßheit eines Interlocuts angetreten worden wäre, nur soll vorher dem Anticipanten noch eine peremtorische Frist zur Beibringung der etwa noch zurückgehaltenen Beweismittel vorgeschrieben werden, um künftigen Nachholungen und der Nothwendigkeit eines Erkenntnisses auf besseren Beweis vorzubeugen. (Vergl. oben Grundſ. III. Martin §. 183. lit. a.) — Findet aber der Richter, 1) daß der Kläger zwar zum Beweise verpflichtet, aber das rechte Thema nicht getroffen ist, so soll die Anticipation gar nicht berücksichtiget, sondern, wie gewöhnlich, ein Beweisinterlocut erlassen werden. (Vergl. oben Grundſ. II.) 2) War der Kläger zu dem von ihm anticipirten Beweise zunächst gar nicht verpflichtet, so darf dessen ungeachtet kein Verzicht auf die Freiheit von der Beweislast bloß aus der freiwilligen Antretung gefolgert werden, weil es auch möglich ist, daß der Kläger nur in eventum den directen Gegenbeweis anticipiren wollte.

Nicht entgegen steht Fr. 14. D. 22. 3. vergl. mit Fr. 39. D. 40. 12.

Collmann, Grundl. S. 47. §. 32.

A. M. v. Gönner, Hdb. II. 40. §. 6.

Der Richter muß daher auch in diesem Falle ein Interlocut erlassen, und in demselben, wie gewöhnlich, die Beweislast bestimmen.

D. Nach gleichen Grundsätzen ist auch eine Anticipation von Seite des Beklagten anstatt der Duplik zu behandeln.

S. über das Ganze: Mittermaier im Archiv I. S. 120—137 und S. 181—206.

Die Vortheile, welche man sich in neuerer Zeit zuweilen aus legislativen Gründen von dem unbedingten Gebote der Verbindung des Beweises mit den ersten Streitverhandlungen versprechen zu dürfen glaubte,

Friedrich Frhr. v. Podewils, über die Vortheile des gesetzlichen Princips der Beweisverbindung u. s. w. München 1837.

würden doch wohl nicht bei allen Beweismitteln eintreten.

Mittermaier, der gemeine deutsche bürgerl. Proc. 2ter Beitr. S. 162 flg. (2te Aufl.)

Vgl. noch Planck a. a. O. S. 357 flg.

Periode des Beweisverfahrens.

Einleitung.

Begriff.

§. 234.

Die Gesetze stellen nirgendwo absichtlich einen Begriff des Beweises auf, sondern folgen da, wo sie von dem Beweise sprechen, dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens, und verstehen daher unter probatio bald Beweisgründe, z. B. in

Fr. 24 u. 25. D. 22. 3.
Fr. 35. pr. D. 12. 2.
c. 4. C. 4. 19.
c. 2. X. 2. 19.

bald die Beweisführung, z. B. in

Fr. 2. 3. 17. D. 22. 3.
c. 2. C. 4. 19.
c. 3. X. 2. 19.

Diese Vieldeutigkeit des Ausdruckes hat nicht bloß zu mancherlei, nicht immer sehr erquicklichen grammatischen und dialektischen Erörterungen Anlaß gegeben, sondern ist auch nicht ohne verwirrenden Einfluß auf den praktischen Theil der ganzen Lehre geblieben.

Vgl. Magazin f. den Proc. von Martin u. Walch I. 1. S. 63 flg.
v. Gönner, Hdb. II. 37.
v. Gensler im Archiv für civ. Prax. I. S. 29 flg.
v. Linde, Abhandl. S. 49 flg.

Faßt man den Begriff von der objectiven Seite auf, so kann man unter „Beweis" nichts anderes ver-

stehen, als den Inbegriff der Gründe für die Wahrheit (im Civilprocesse für die juristische Wahrheit) eines Satzes. In Bezug auf diesen Begriff ist es übrigens vollkommen gleichgültig durch wen und in welcher Form diese Gründe zu den Acten gebracht worden sind. Auch wird hiebei nicht vorausgesetzt, daß durch die dargebotenen Gründe immer eine vollständige Ueberzeugung bewirkt werden müsse.

Dr. H. H. Fitting, über den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis. Erlangen 1853. §. 4 flg.

Das Zeitwort „beweisen" bezeichnet aber die persönliche Thätigkeit, durch welche jene Gründe herbeigeschafft werden; und weil dieses in den allermeisten Fällen durch die Parteien geschieht, so hat man selbst den Begriff des Beweisens bloß auf die Parteithätigkeit beschränkt. Diese Beschränkung ist nun zwar allerdings nicht ganz richtig, indem ja gewisse Beweisgründe auch durch den Richter, und zwar von Amtswegen, herbeigeschafft werden dürfen (z. B. durch Augenschein, oder durch die Auflegung eines nothwendigen Eides). — Indessen muß doch zugestanden werden, daß auch die Gesetze, wenn sie von „probare" sprechen, dabei immer eine Thätigkeit der Parteien voraussetzen.

Eintheilungen des Beweises.

A. Haupt- und Gegenbeweis.

§. 235.

Die Aufstellung dieses Gegensatzes ist ursprünglich keineswegs durch die inneren Merkmale des Begriffes vom Beweise veranlaßt worden, sondern

durch die Rücksicht auf die Grundsätze über die Beweislast.

An der Spitze dieser Grundsätze steht nämlich die Regel: Necessitas probandi incumbit ei, qui agit. — Der Beweis der Klage wurde daher als Hauptbeweis bezeichnet, und nur dieser Beweis wurde zunächst aufgelegt. Jede Beweisführung aber, welche der Beklagte unternehmen konnte, fiel in das Gebiet des Gegenbeweises, ohne weitere Unterscheidung, ob der Beklagte die Unwahrheit der von dem Kläger aufgestellten Behauptungen, oder die von ihm, dem Beklagten selbst, vorgebrachten Einreden zu beweisen versuchen wollte. Ja der Einredebeweis wurde sogar als der gewöhnliche Gegenstand des Gegenbeweises bezeichnet, weil „die probatio contrarii sehr schwer sey, und gewöhnlich auf eine negativa hinauslaufe.“ Diese Ansicht findet sich nicht nur in der Doctrin, sondern auch in vielen Proceßordnungen des 17ten und 18ten Jahrhunderts.

Seyfart, T. Reichsproc. c. 20. §. 1.

Churfürstl. sächsische Gerichtsordnung von 1622. Tit. 21. §. 4.

Cod. jur. bav. judic. von 1753 c. 9. §. 12. in den Anmerk. hiezu lit. a.

Diese Darstellung erklärt sich dadurch, daß man sich die Entscheidung der Frage, ob der Beklagte nach dem Hauptantrage des Klägers verurtheilt werden soll oder nicht, als den letzten Zweck des ganzen gerichtlichen Verfahrens, die einzelnen Handlungen der Parteien aber nur als Mittel zu diesem Zwecke dachte. Von diesem Standpunkte aus beurtheilte man das Verhältniß so: Wenn der Kläger den Grund seiner Klage beweist, so geschieht es, um die Condemnation seines Gegners zu bewirken. Beweist aber der Beklagte seine Einrede, so

hat er dabei ebensowohl die Absicht, die Condemnation abzuwenden, als wenn er geradezu die Unwahrheit des Klagegrundes darzuthun sucht. In beiden Fällen operirt er der Intention des Klägers entgegen, und gleichwie man den Vortrag einer exceptio Gegenrede nannte, so glaubte man auch den Beweis derselben Gegenbeweis nennen zu können.

Indessen wurde man bald gewahr, daß zwischen dem Beweise der Einreden und dem Beweise der Nichtwahrheit des Klagegrundes in mehrfacher Beziehung ein wesentlicher Unterschied stattfinde. — Man gab jedoch um deßwillen anfänglich den Gedanken nicht auf, daß auch der Einredebeweis ein Gegenbeweis sey, sondern unterschied nur zweierlei Arten des Gegenbeweises, nämlich einen eigentlichen oder directen, worunter man vorzugsweise den Beweis der Unwahrheit der klägerischen Behauptungen verstand, und einen uneigentlichen, indirecten, als welchen man den Beweis der Einreden bezeichnete.

Vgl. z. B. Claproth, ord. Proc. §. 301 u. 302.

In der Praxis wird diese Auffassung auch jetzt noch allgemein festgehalten. Die neueste Doctrin hat aber den Beweis der Einreden von dem Gebiete des Gegenbeweises gänzlich losgerissen, und denselben auch als eine Art des Hauptbeweises dem Klagebeweise an die Seite gestellt. Dieser Ansicht zufolge gibt es also nur eine Art des Gegenbeweises, nämlich den bisher sogenannten eigentlichen oder directen Gegenbeweis, welcher aber jedem Hauptbeweise gegenüber, also nicht bloß dem Beweise der Klage, sondern auch der Einrede und folgeweise der Replik und Duplik, vorkommen kann.

Diese Darstellung beruht übrigens darauf, daß man bei der Begriffsbestimmung nicht, wie ehedem, den letzten Zweck des ganzen Processes, sondern die Natur der

einzelnen selbständigen Angriffe und Gegenangriffe, welche in dem ersten Verfahren vorkommen können (Klage, Einrede, Replik, Duplik), in das Auge faßte, und daß man sich das Verfahren über jeden dieser Angriffe nicht als ein gleichzeitiges, sondern als ein successives und isolirtes dachte.

v. Gönner, Hdb. Abh. 41 u. 42.

v. Linde, Abh. I. S. 49 flg.

Besonders aber:

Fitting a. a. O. §. 13 u. 14.

Ueber die historische Entwickelung der Begriffe s. Mittermaier im Archiv. für civil. Praxis VI. S. 342 flg.

Fortsetzung.

§. 236.

Daß diese neuere Ansicht den Vorzug verdient, dürfte im Allgemeinen nicht zu bezweifeln seyn. Denn der unmittelbare Gegenstand des Klagebeweises ist nicht das Recht, der Anspruch des Klägers, sondern die Thatsache, auf welche sich der Anspruch desselben gründet. Durch den Beweis der Einrede wird aber nicht diese Thatsache als unwahr oder zweifelhaft, sondern das Recht des Klägers als unwirksam oder aufgehoben dargestellt, selbst in dem Falle, wenn jene Thatsache zugegeben werden müßte. Der Einredebeweis berührt daher den Klagebeweis als solchen gar nicht, und kann eben daher, diesem gegenüber, nicht Gegenbeweis genannt werden. Es ist also wohl nichts dagegen einzuwenden, wenn man die Begriffe in folgender Art feststellt:

1) Hauptbeweis ist, für sich betrachtet, jeder Beweis für die Wahrheit des thatsächlichen Grundes eines selbständigen processualischen Angriffes oder Gegenangriffes (Klage, Einrede u. s. w.).

2) Gegenbeweis aber ist der Beweis, durch welchen das Zustandekommen oder die Wirksamkeit eines Hauptbeweises selbst verhindert werden soll.

Indessen scheint doch, was den Hauptbeweis betrifft, ein Punkt nicht unbeachtet bleiben zu dürfen. Nach dem Grundsatze: actore non probante reus absolvitur ist nämlich die Vertheidigung durch Einreden nur in dem Falle nothwendig, wenn der Grund der Klage bewiesen ist. Dieses Verhältniß einer bloß eventuellen Nothwendigkeit der Einrede pflanzt sich natürlich auch auf den Beweis der Einrede fort. Demnach wird man aber im Hinblicke auf den Gesammtzusammenhang des ganzen Verfahrens in seiner dermaligen Structur auch zweierlei Arten des Hauptbeweises annehmen müssen, einen absolut und einen nur eventuell nothwendigen Hauptbeweis. Der Beweis der Einrede z. B. ist und bleibt zwar immer ein Hauptbeweis. Hatte aber der Beklagte den Grund der Klage widersprochen, und ist der Beweis des letzteren noch nicht geliefert, so ist der Einredebeweis nur ein eventuell nothwendiger, während er, wenn der Beklagte den Grund der Klage zugestanden hatte, in die erste Linie vorrückt und als absolut nothwendiger Hauptbeweis erscheint.

Vielleicht könnte die ganze Theorie dadurch vereinfacht werden, daß man den Gegensatz zwischen Haupt- und Gegenbeweis (genau betrachtet ist es ohnehin kein logischer Gegensatz, indem man bei dem Hauptbeweise doch immer auf die Beweislast Rücksicht nehmen muß, bei dem Gegenbeweise aber nicht) — gänzlich fallen ließe,

von einem Hauptbeweise gar nicht mehr spräche, und das Verhältniß in folgender Art darstellte:

Läugnet der Beklagte den Grund der Klage, so ist vor allem ein Beweis hierüber nothwendig. Ist dieser Beweis geliefert, so muß der Beklagte zur Einrede greifen, wenn ihm eine solche zu Gebote steht, und im Falle des Widerspruches den Grund der Einrede beweisen u. s. w.

Dem Gegner des jedesmaligen Beweisführers steht es aber immer frei, den Gegenbeweis zu versuchen.

Fortsetzung.

Von dem Gegenbeweise insbesondere.

§. 237.

Objectiv aufgefaßt ist Gegenbeweis der Inbegriff der Gründe, welche gegen die Wahrheit eines Satzes sprechen.

Die Herbeischaffung dieser Gründe, oder die Gegenbeweisführung ist ein Ausfluß des Vertheidigungsrechtes derjenigen Partei, für welche die Annahme der Wahrheit eines Satzes rechtlich nachtheilige Folgen haben würde, also namentlich des sogenannten Producten im Beweisverfahren.

Dieses Vertheidigungsrecht kann nämlich im Allgemeinen auf verschiedene Art geltend gemacht werden. Abgesehen von den rein formellen Einwendungen (z. B. der Einwendung der versäumten Beweisfrist, und der deßhalb eingetretenen Desertion), kann der Product

1) die Relevanz der von dem Beweisführer aufgestellten Beweissätze bestreiten; oder

2) Die Zuläſſigkeit oder die Glaubwürdigkeit der von dem Producenten vorgeſchlagenen Beweismittel bekämpfen; oder endlich

3) geradezu die Unwahrheit der von dem Beweisführer aufgeſtellten, wenn auch an ſich relevanten Beweisſätze darzuthun ſuchen.

Der Beweis nun, welchen der Product in dieſer letzten Beziehung (Ziff. 3) unternimmt, oder durch welchen er nöthigenfalls die Unzuläſſigkeit, oder die gänzliche Unglaubwürdigkeit, oder die verminderte Glaubwürdigkeit der von dem Probanten vorgeſchlagenen Beweismittel herzuſtellen ſucht (Ziff. 2), iſt der Gegenbeweis.

Der Zweck der Gegenbeweisführung beſteht demnach überhaupt darin, den Erfolg der Beweisführung oder die Wirkung eines ſchon vorhandenen Beweiſes ganz oder theilweiſe zu vereiteln oder zu verhindern.

Die proceſſualiſchen Grundſätze hinſichtlich des Gegenbeweiſes ſind im Weſentlichen folgende:

I. In der Regel iſt eine Gegenbeweisführung jedesmal zuläſſig, ohne Rückſicht auf die Beſchaffenheit der Beweisgründe, welche zur Bewahrheitung des Satzes vorgeſchlagen werden, oder ſchon vorliegen, wider welchen er gerichtet iſt. Eine Ausnahme von dieſer Regel tritt nur bei ſolchen Beweisgründen ein, welche entweder ſchon vermöge ihrer Natur einen Gegenbeweis ausſchließen (wie z. B. ein gehörig abgehaltener Augenſchein), oder bei welchen der Gegenbeweis kraft geſetzlicher Beſtimmung ausgeſchloſſen iſt (z. B. bei praesumt. juris et de jure, — in der Regel auch bei förmlichen gerichtlichen Geſtändniſſen und bei dem freiwilligen Haupteide). Das Nähere über dieſe Ausnahmen gehört in die Lehre von den eben bezeichneten einzelnen Beweisgründen.

II. Nothwendig wäre die Führung des Gegenbeweises eigentlich nur dann, wenn für den Satz, wider welchen der Gegenbeweis geführt werden müßte, bereits bestimmte Beweisgründe vorlägen. Denn so lange dieser Satz noch völlig ungewiß ist, kann der zum Gegenbeweise Berechtigte nach dem Grundsatze „actore non probante, reus absolvitur" und dessen analoger Anwendung auf Einreden, Repliken u. s. w. immer noch hoffen, auch ohne einen Gegenbeweis von seiner Seite sein Ziel zu erreichen. Die Antretung des Gegenbeweises könnte daher, allgemein betrachtet, so lange verschoben werden, bis die Beweisführung über den betreffenden Satz vollendet, und nicht gänzlich mißlungen wäre. Allein zur Abkürzung des Verfahrens wird die Gegenbeweisführung in der Regel mit der Beweisführung eventuell in Verbindung gebracht. Entschieden überflüssig ist sie aber dann, wenn eine Beweisführung über den betreffenden Satz nach der Lage des Processes nicht mehr möglich ist, z. B. weil der Gegner die peremtorische Beweisfrist versäumt hat. Dagegen ist umgekehrt die Gegenbeweisführung entschieden nothwendig (d. h. die Unterlassung derselben würde eine nachtheilige Entscheidung in der Hauptsache selbst für den Unterlassenden zur Folge haben), wenn der betreffende Satz bereits durch eine Rechtsvermuthung zur provisorischen juristischen Gewißheit erhoben ist. — Nach diesen Grundsätzen ist auch die Frage zu beantworten, inwieferne von einer Pflicht zur Gegenbeweisführung in gleichem Maße, wie zur Beweisführung gesprochen werden könne.

Vgl. v. Gönner, Hdb. II. 41. §. 5.
Schmid, Hdb. II. S. 137. a. E.
Fitting a. a. O. §. 24.

III. Da der Gegenbeweis nur für den Fall als nothwendig erscheint, wenn der Beweis des betreffenden Satzes wenigstens einigermaßen gelingt, der Richter aber den künftigen Erfolg der Beweisführung zur Zeit der Erlassung des Beweisurtheils nicht voraussehen kann, so würde es offenbar ungeeignet seyn, den Gegenbeweis in dem Interlocute in derselben Art *aufzulegen*, wie den Beweis. Aus diesem Grunde ist es keineswegs bloß als eine technische Regel zu betrachten, wie

Collmann, Grundlin. §. 48, und
Fitting a. a. O. §. 25.

glauben, daß der Gegenbeweis in dem Beweisinterlocute nur *vorbehalten* werden soll, sondern dieser Gebrauch ist vielmehr in der Natur des Verhältnisses selbst begründet, wie Dieses auch allgemein von den neueren Rechtslehrern angenommen wird.

v. *Gönner*, Hdb. II. 41. §. 4.
Danz, Grundſ. §. 251.
v. *Linde*, Lehrb. §. 236.
Schmid, Hdb. S. 137.

Selbst die Unterlassung des ausdrücklichen Vorbehaltes im Beweisurtheile ist unschädlich, weil sich das Recht zu dieser Art Vertheidigung, wie zur Vertheidigung überhaupt, von selbst versteht.

Eben so wenig ist die Aufstellung eines eigenen Thema für den Gegenbeweis nothwendig, weil sich, sofern dieser auf die Unwahrheit des Beweissatzes gerichtet werden sollte, das Thema dafür durch die Umkehrung des Beweissatzes in die negative Fassung von selbst ergibt; — sofern aber der Product die Zulässigkeit oder Glaubwürdigkeit der Beweis*mittel* seines Gegners angreifen wollte, eine vorgreifende Normirung des Thema gar nicht möglich wäre.

Nur dann muß ausnahmsweise der Gegenbeweis aufgelegt und speciell normirt werden, wenn der Beweis schon während des ersten Verfahrens durch eine wirksame Rechtsvermuthung hergestellt wurde, und daher für das Beweisurtheil keine andere Aufgabe mehr übrig ist, als die Anordnung des Gegenbeweises.

Fitting a. a. O. §. 25.

IV. Der Gegenbeweis kann, wie der Beweis überhaupt, nicht bloß auf directem, unmittelbarem, sondern auch auf indirectem, mittelbarem oder künstlichem Wege geführt werden; d. h. der Reprobant muß nicht gerade das nackte Gegentheil Dessen darthun, was den Inhalt des Beweissatzes bildet, sondern er kann auch andere Thatsachen zu beweisen suchen, von welchen, wenn sie erwiesen sind, auf die Unmöglichkeit, Unwahrheit, oder Unwahrscheinlichkeit des Beweissatzes geschlossen werden kann. Da jedoch der Beweissatz in dem heutigen Processe nicht auf das Daseyn eines Rechtes, sondern nur auf concrete Thatsachen gerichtet wird, so kann der Beweis über die Aufhebung des von dem Beweisführer behaupteten Anspruches (z. B. der Beweis der Zahlung der eingeklagten Schuld) nicht als künstlicher Gegenbeweis betrachtet werden.

A. M. ist Fitting a. a. O. §. 18, welcher hier die Römische Auffassung der verschiedenen Vertheidigungsformen zu Grunde legt, welche jedoch, wie ich glaube, auf unser gegenwärtiges Verfahren nicht mehr angewandt werden kann.

V. Der Gegenbeweis kann durch alle gewöhnlichen Beweismittel geführt werden. Nur in Ansehung der Eidesdelation tritt eine Beschränkung ein. Will nämlich der Reprobant eine noch zweifelhafte Thatsache beweisen, um dadurch die Glaubwürdigkeit eines von dem Kläger

vorgeschlagenen Beweismittels anzufechten (z. B. die Bestechung eines Zeugen), so ist die Eideszuschiebung ohne Bedenken zulässig. Ist aber der Gegenbeweis auf die Unwahrheit des Beweissatzes selbst gerichtet, so kann derselbe durch Eideszuschiebung nicht geführt werden. Denn, wenn der Beweis gänzlich fehlschlägt, so bedarf es überhaupt keines Gegenbeweises, also auch der Eidesdelation nicht mehr, man kann daher dem Producten die Absicht nicht unterlegen, daß er den Eid auf diesen Fall zugeschoben haben wolle. Gelingt aber der Beweis dem Producenten vollständig, so ist dieser nicht schuldig, Das, was er bereits bewiesen hat, auch noch durch einen Eid zu bekräftigen. Der geführte Beweis dient ihm zur Gewissensvertretung.

arg. c. 2. X. 2. 19.

Fällt aber der Beweis unvollständig aus, so treten die nothwendigen Eide (der Erfüllungs- oder Reinigungseide) ein.

Schneider, Lehre v. Beweise §. 383.
v. Gönner, Hdb. II. 41. §. 7.
v. Linde, Lehrb. §. 236.
Schmid, Hdb. II. S. 141.

Die Frage, ob die Eidesdelation auch dann unstatthaft ist, wenn der Product zwar die Unwahrheit des Beweissatzes darthun will, aber nicht unmittelbar, sondern auf künstlichem Wege, dürfte in dem Falle zu bejahen seyn, wenn die von dem Beweisführer bewiesene Thatsache die zu beschwörende schon in sich enthält (arg. c. 2. X. cit.), z. B. wenn der Kläger bewiesen hätte, an einem bestimmten Orte contrahirt zu haben, und der Beklagte den Gegenbeweis über das alibi durch Eidesdelation führen wollte. Außerdem scheint der Eideszuschiebung kein rechtliches Hinderniß entgegenzustehen.

Auch dürfte die Ausschließung des Eides auf den Fall nicht auszudehnen seyn, wenn die Wahrheit des Beweissatzes nur durch eine Rechtsvermuthung unterstützt ist, weil die Worte des c. 2. X. 2. 19. „actor, *qui* plene *probavit*" auf diesen Fall nicht wohl bezogen werden können. Dieser Meinung scheint auch zu seyn

Fitting a. a. O. S. 67 oben.

Vgl. noch C. Bolgiano, vergl. Darstellung des gem. und bayer. Civilproc. Erlangen 1854. 2te Abth. S. 141.

VI. Als eine Eigenthümlichkeit des Gegenbeweises wird gewöhnlich noch angeführt, daß wider den Gegenbeweis nicht abermal ein Gegenbeweis geführt werden könne (reprobatio reprobationis non datur).

v. Gönner, Hdb. II. 41. §. 20.

Allein diese Regel fließt keineswegs aus der Natur des Gegenbeweises, sondern ist nur eine Folge des allgemeinen processualischen Grundsatzes, daß der Beweisführer nach dem Ablaufe der peremtorischen Beweisfrist keine neuen Beweismittel über denselben Satz mehr nachtragen darf, über welchen er den Beweis bereits angetreten hatte. Daher ist auch diese Regel nur dann anwendbar, wenn diese Voraussetzung wirklich zutrifft, also namentlich in dem Falle, wenn der Gegenbeweis unmittelbar auf das Nichtwahrseyn des Beweissatzes gerichtet war, und nun der Beweisführer hiergegen wieder das Contrarium zu beweisen versuchen wollte, weil in diesem Falle die Antireprobation nach dem Satze duplex negatio est affirmatio wieder denselben Satz zum Thema erhalten würde, über welchen der Beweisführer alle seine Beweismittel schon vor dem Ablaufe der peremtorischen Frist hätte vorbringen sollen. — Wo aber diese Voraussetzung nicht zutrifft, da gilt auch jene Regel nicht.

Sie ist also insbesondere unanwendbar, 1) wenn der Gegenbeweis auf solche Thatsachen gerichtet war, welche nur ein von dem Gegner vorgeschlagenes Beweismittel als untüchtig oder verdächtig darstellen sollen, indem hier das Thema der Antireprobation nicht mit dem ursprünglichen Beweissatze zusammenfällt, sondern einen neuen Umstand enthält, dessen Erprobung durch die Präclusion eines weiteren Beweises über den ursprünglichen Satz nicht ausgeschlossen werden kann;

c. 49. X. 2. 20.

und 2) aus dem nämlichen Grunde auch dann, wenn der Gegenbeweis nur auf die Prämissen einer Vermuthung gerichtet war.

Ja selbst in dem Falle, wenn der Gegenbeweisführer unmittelbar das Contrarium des Beweissatzes darzuthun sucht, ist die angeführte Regel nicht anwendbar, wenn zur Antretung des Beweises keine peremtorische Frist bestimmt war, weil es in diesem Fall dem Probanten frei steht, zu seinem ursprünglichen Beweisantritte auch später noch Nachträge zu liefern. Aus diesem Grunde muß wider einen Gegenbeweis gegen eine Rechtsvermuthung, die sich schon in dem Laufe des ersten Verfahrens wirksam herausgestellt hatte, immer noch ein Gegenbeweis zugelassen werden.

Nur eine Bemerkung ist noch beizufügen. Nach der Vorschrift des c. 49. X. 2. 20. kann nämlich zwar nicht bloß die persönliche Glaubwürdigkeit der von dem Beweisführer vorgeschlagenen Zeugen durch Gegenbeweiszeugen angefochten, sondern auch die Glaubwürdigkeit dieser Letzteren wieder durch Gegenbeweiszeugen angegriffen werden; aber eine noch weitergehende Reprobation ist wegen der dadurch entstehenden Proceßverzögerung

untersagt, obgleich sie aus allgemeinen Gründen zugelassen werden müßte.

Aus dieser Bestimmung des canon. Rechts haben nun Einige den allgemeinen Satz ableiten wollen, daß nicht die reprob. reprob., sondern nur ein Gegenbeweis gegen die reprob. reprob. unstatthaft sey.

Collmann a. a. O. S. 77.

Andere glaubten aber in dieser Vorschrift auch eine positive Stütze für die Regel reprob. reprob. non datur zu finden. Allein gegen die erste Auslegung spricht der Umstand, daß in c. 49. cit. nicht von dem Gegenbeweise überhaupt, sondern nur von dem Gegenbeweise contra *personas testium* gehandelt wird.

Die zweite Auffassung würde aber nur dann zutreffen, wenn man den Beweis der persönlichen Unglaubwürdigkeit der gegentheiligen Zeugen nicht selbst schon als einen Gegenbeweis, sondern als einen neuen, primitiven Beweis ansähe.

Vgl. über das Ganze:

Collmann a. a. O. S. 77.

Linde, Abh. S. 71 flg. (s. aber denselben in seiner Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XI. S. 149. not 1.)

Mittermaier im Archiv VI. S. 354.

Wohlfarth, über den Satz: reprob. reprob. etc. München 1826.

Schmid, Hdb. II. S. 141 flg.

Fitting S. 67.

Bolgiano a. a. O. S. 142.

Von der Frist zur Antretung des Gegenbeweises wird später die Rede seyn.

B. Feierlicher und nicht feierlicher Beweis.

§. 238.

Diese Unterscheidung bezieht sich auf das Verfahren bei der Herstellung des Beweises. Werden nämlich alle Formen hiebei beobachtet, welche dem Beweisverfahren im ordentlichen Processe in Folge gesetzlicher Vorschriften oder des Gerichtsgebrauches eigen sind, so nennt man den Beweis einen feierlichen. Werden aber (wie im summarischen Processe) einige dieser Formen hinweggelassen oder abgeändert, so heißt der Beweis ein unfeierlicher.

Für den letzteren wird gewöhnlich auch der Ausdruck „Bescheinigung" gebraucht; aber mit Unrecht. Denn wenn auch zugegeben werden muß, daß die Bescheinigung nicht an die Formen des ordentlichen Beweisverfahrens gebunden ist, so kann doch keineswegs jede minder förmliche Beweisführung eine Bescheinigung genannt werden. Das Eigenthümliche in dem Begriffe der Bescheinigung besteht vielmehr darin, daß dieselbe auch in objectiver und materieller Beziehung nicht unter den positiven Bestimmungen der gewöhnlichen Beweistheorie steht, sondern nur auf solchen allgemeinen Gründen beruht, welche schon im gewöhnlichen Leben irgend eine Behauptung einem verständigen und erfahrenen Manne glaubwürdig und wahrscheinlich machen können. Die positive Beweistheorie bestimmt nämlich ein gewisses durch äußerliche Merkmale erkennbares Maß von Wahrscheinlichkeit, ohne dessen Erfüllung der Richter nicht befugt ist, zu urtheilen, gesetzt auch, daß er individuell von der Wahrheit der in Frage stehenden Behauptung vollkommen überzeugt wäre; bei dessen

Erfüllung er aber verpflichtet ist, zu urtheilen, obgleich er sich vielleicht individuell noch nicht für überzeugt hält. Der Bescheinigung ist aber ein solcher äußerer Maßstab fremd. Hier kommt es bloß darauf an, ob der Richter unter den gegebenen Verhältnissen die Behauptung einer Partei persönlich für glaubwürdig hält oder nicht. Die Bescheinigung ist daher nicht eine Art des juristischen Beweises im eigentlichen Sinne des Wortes, sondern ein für sich bestehendes, exceptionelles Institut.

Die einzelnen Fälle, in welchen eine bloße Bescheinigung genügt, müssen in der Entwickelung des Systems bezeichnet werden. Sie lassen sich jedoch unter den allgemeinen Gesichtspunkt bringen, daß eine Bescheinigung überhaupt dann zulässig ist, wenn die erbetene richterliche Verfügung nicht die definitive Entscheidung des materiellen Streitverhältnisses zum Zwecke hat, und daher selbst im Falle einer Täuschung keinen bleibenden Nachtheil für den Gegner hervorbringt. — Unter dieser Voraussetzung findet aber eine Bescheinigung nicht bloß in dem summarischen, sondern auch im ordentlichen Verfahren statt.

Als Mittel zur Herstellung einer Bescheinigung können nicht bloß alle gewöhnlichen Beweismittel benützt werden, sondern unter Umständen auch der Calumnieneid. Die Wirkung der gewöhnlichen Beweismittel hat jedoch hier der Richter nicht nach hierüber bestehenden positiven Regeln, sondern nach freiem Ermessen zu bestimmen. Je weniger übrigens die in Folge eines bescheinigten Antrages zu treffende Verfügung dem Gegner des Antragstellers präjudicirt, desto leichter darf es der Richter mit der Bescheinigung selbst nehmen.

S. über die ganze Lehre:

W. H. Puchta, in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. Bd. I. S. 293 flg.
Brauer im Arch. f. civ. Prax. XXV. 11.
Schmid, Hdb. II. §. 119.

Vorzüglich aber:

Wetzell, Syst. I. §. 29. S. 184 flg.
Eine sehr sorgfältige und ausführliche Bearbeitung dieser Lehre mit Rücksicht auf das bayerische Recht enthält die Abhandlung von Otto Kleiner: Ueber die Bescheinigung u. s. w. Regensburg 1855.

Die Quelle dieses Instituts ist schon das Römische Recht, welches für diese minder gründliche Untersuchung einer Sache den Ausdruck „summatim cognoscere" gebraucht.

Vergleiche darüber:

v. Savigny in der Zeitschr. f. gesch. R. W. Bd. VI. S. 229—239.
Briegleb, Summatim cognoscere quid et quale fuerit apud Romanos. Erlang. 1843.
Wetzell in den krit. Jahrb. für d. R. W. 1848. S. 769 flg.

Fortsetzung.

§. 239.

Außer den bisher angeführten ist noch zu bemerken:

1) die Unterscheidung zwischen schleunigem und langsamem Beweis. Dieser Gegensatz bezieht sich aber nicht darauf, ob etwa zufällig einmal eine Beweisführung kürzer oder länger dauert, sondern auf die eigenthümliche Natur der einzelnen Beweismittel, gemäß welcher

es bei einigen derselben möglich ist, und selbst die Regel bildet, daß durch sie schnell die erforderliche Ueberzeugung bewirkt wird, während dieses bei anderen der Fall nicht ist. In die erste Classe gehören unstreitig Urkunden und der Augenschein, in die zweite Zeugen, Sachverständige und wohl auch die Eidesdelation. Praktische Bedeutung hat diese Unterscheidung aus dem Grunde, weil gewisse Proceßmittel durch die Herstellung eines schnellen Beweises bedingt sind, z. B. proceßhindernde Einreden.

Gensler, Comm. S. 241.

v. Gönner, Hdb. II. 51.

Mev. VIII. 315.

2) Die Unterscheidung zwischen vollständigem und unvollständigem Beweise (prob. plena und minus plena), — bei welch letzterem dann wieder unterschieden wird zwischen halbem, und mehr oder weniger als halbem Beweise. Diese Eintheilung bezieht sich auf den Grad der durch die Beweisführung hervorgebrachten richterlichen Ueberzeugung, und kommt vorzüglich bei der Anwendung der nothwendigen Eide, — des Erfüllungs- und Reinigungseides in Betracht, bei deren Erklärung auch das Nähere darüber, und insbesondere über die Haltbarkeit der Unterabtheilungen des unvollständigen Beweises bemerkt werden wird.

3) Die Eintheilung in ordentlichen und außerordentlichen Beweis. Dieser Unterscheidung liegt die Rücksicht auf den Zeitpunkt zu Grunde, in welchem der Beweis angetreten wird. Geschieht dieses innerhalb der gesetzlich oder richterlich angeordneten Beweisfrist, so nennt man den Beweis einen ordentlichen; außerdem einen außerordentlichen. Zu den außerordentlichen Beweisführungen gehört insbesondere die anticipirte, von welcher schon früher die Rede war (s. oben S. 755),

und die Beweisführung zum immerwährenden Gedächtniß (probatio in perpetuam rei memoriam), von welcher im folgenden Paragraph ausführlicher zu handeln ist.

4) Ueber den Unterschied zwischen natürlichem (directem oder unmittelbarem) und künstlichem (indirectem oder mittelbarem) Beweise s. oben S. 716 flg. und

Schmid, Hdb. II. S. 145 flg.

Von dem Beweise zum immerwährenden Gedächtniß.

§. 240.

In der Regel soll ein Zeugenverhör nicht eher stattfinden, als bis es nach der Ordnung des Verfahrens Zeit dazu ist. Es kann sich jedoch ereignen, daß ein längerer Aufschub des Verhörs entweder mit der Gefahr des gänzlichen Verlustes der Zeugen, oder doch wenigstens einer bedeutenden Erschwerung des Gebrauches derselben verbunden seyn würde, und für diesen Fall muß den Parteien ein entsprechendes Mittel zur Abwendung der vorhandenen Gefahr gegeben seyn. Nach dem Pandektenrechte scheint nun dieses Mittel darin bestanden zu haben daß man die Einleitung des Processes selbst vor der Zeit gestattete, die Vollziehung des Urtheils aber bis zu dem entsprechenden Zeitpunkte suspendirte.

Fr. 40. D. 9. 2.

Vgl. Fr. 32. §. 1. D. 47. 2.

Fr. 3. §. 5. D. 37. 10.

Heffter, Instit. S. 527.

Linde, Abh. II. Bd. S. 3 u. 4.

G. A. Wirsing, der Beweis zum ewig. Gedächtn. Würzb. 1847. §. 5.

Aus der Nov. 90. c. 9. ist zwar gefolgert worden, daß man sich späterhin mit dem Gesuche um Abhörung von Zeugen, deren man sich in einer Sache bedienen wollte, auch an die Obrigkeit wenden konnte, ohne gerade den ganzen Proceß selbst anticipiren zu müssen.

Heffter a. a. O.

Allein die Worte des Gesetzes bieten hiezu keinen genügenden Anhaltpunkt dar.

Wirsing a. a. O. S. 12.

Auf jeden Fall ist es aber nach canonischem Rechte, — welches sich übrigens hiebei irrthümlich auf das Römische beruft (c. 4. X. 2. 30.), — außer Zweifel, daß bei dem Vorhandenseyn einer Gefahr der angegebenen Art zu jeder Zeit, — auch noch vor dem Beginne des Processes auf ein gerichtliches Zeugenverhör angetragen werden darf, und hierin besteht die s. g. probatio in perpetuam rei memoriam.

c. 5. X. 2. 6.

c 41. X. 2. 20.

Vgl. D. A. v. 1600. §. 28. 83. 125.

Ueber den Unterschied zwischen dieser probatio und dem anticipirten Beweise im engeren Sinne des Wortes siehe

Linde a. a. O. S. 66.

Die genaueren Bestimmungen über den Beweis zum immerwährenden Andenken sind folgende:

1) Wer darauf anträgt, muß anführen und bescheinigen, daß ein längerer Aufschub des Verhörs mit einer Gefahr hinsichtlich des Gebrauches der zu vernehmenden Zeugen verbunden seyn würde. Krankheit, hohes Alter und eine bevorstehende lange Abwesenheit der Zeugen sind

Gründe, deren Erheblichkeit gesetzlich anerkannt ist. Sie sind jedoch keineswegs die einzigen, sondern der Richter kann diesen außerordentlichen Beweis auch aus anderen Gründen zulassen, wenn ihm dieselben bedeutend genug zu seyn scheinen.

c. 5. X. 2. 6.

c. 4. X. 2. 30.

R. A. v. 1600. §. 125.

Das Daseyn einer Gefahr ist übrigens die einzige, aber allgemeine Bedingung der Zulässigkeit dieses Beweises.

Einige Rechtslehrer unterscheiden zwar in dieser Hinsicht den Kläger und den Beklagten, oder vielmehr die Personen, welche in Zukunft die eine oder die andere Partei-Rolle zu übernehmen haben werden. Dem, der künftig belangt zu werden besorgt, gestatten sie die probatio in perpetuam rei memoriam vor der Anstellung der Klage wider ihn ohne alle Einschränkung; d. h. sie fordern von ihm nicht die Bescheinigung einer besonderen Gefahr, sondern glauben, daß für ihn schon darin Gefahr genug liege, daß er warten müsse, bis es seinem Gegner gefällig seyn werde, den Proceß gegen ihn anzufangen. Nach erhobener Klage setzen sie aber bei dem Beklagten nur voraus, daß es nicht an ihm liege, daß es nicht sogleich zur ordentlichen Beweisführung kommen könne.

Nur der Kläger soll daher verbunden seyn, seinen Antrag auf eine prob. in perp. rei mem. durch Bescheinigung einer besonderen Gefahr zu unterstützen; ja bei ihm soll selbst Dieses noch nicht hinreichen, sondern er soll außerdem noch, — wenn er vor Anstellung der Klage in perp. rei mem. beweisen will, — auch außer Stand gesetzt seyn, die Klage selbst sogleich zu erheben

(indem er ja sonst die Gefahr schon hierdurch abwenden könne); nach angestellter Klage aber durch Ungehorsam des Beklagten, oder andere unverschuldete Umstände verhindert seyn, das ordentliche Zeugenverhör zu bewerkstelligen.

Gesterding, Nachforsch. II. Bd. S. 334—343.

Vgl. Danz, Grundſ. des ord. Proc. S. 466.

Allein diese Unterscheidungen sind durch die Gesetze, auf welche man sich deßhalb beruft, keineswegs hinreichend unterstützt. Das Röm. Recht (s. oben, besonders Nov. 90. c. 9.), auf welches sich übrigens das canonische Recht ausdrücklich bezieht (c. 4. X. 2. 30), läßt den Unterschied der Parteien gänzlich unberührt; — das canon. Recht aber spricht im c. 4. X. 2. 30. ebenfalls ganz allgemein; — c. 41. X. 2. 20. ist nur von den Glossatoren auf den Beklagten allein gedeutet worden; — die Stelle selbst nennt ihn nicht. Endlich c. 5. X. 2. 6. spricht zwar von dem Kläger; allein die Worte: seu pars conuenta sit contumax etc. müssen ihrer Stellung nach keineswegs so verstanden werden, als ob sie eine Bedingung der Zulässigkeit der prob. in perp. mem. ausdrücken sollten.

S. Linde, Abh. II. S. 11—22.

Wirsing a. a. O. S. 57—67.

2) Hinsichtlich des zu beobachtenden Verfahrens ergibt sich aus c. 41. X. 2. 20., daß auch die Gegenpartei zur Theilnahme an dem Zeugenverhöre vorgeladen werden muß, um derselben zur Ausübung der ihr sonst gebührenden Mitwirkung und Controle Gelegenheit zu verschaffen.

Sollte jedoch wegen dringender Gefahr und Abwesenheit des Gegners diese Ladung nicht thunlich seyn, so soll ihm wenigstens binnen Jahresfrist davon Nachricht

gegeben, oder, — wenn der zur Klage Berechtigte es war, welcher die prob. in perp. mem. erwirkt hatte, von diesem die Klage selbst binnen eines Jahres von dem Zeitpunkte an gerechnet, wo sie angestellt werden konnte, wirklich angestellt werden.

c. 5. X. 2. 6.

Linde a. a. O. S. 23—27.

Das canonische Recht spricht in der so eben citirten Stelle freilich zunächst nur von dem Kläger. Da jedoch das Recht der Mitwirkung bei dem Verhöre der gegentheiligen Zeugen dem Kläger eben so wohl als dem Beklagten gebührt, und da die Berücksichtigung dieses Rechtes das Motiv zu jener beschränkenden Vorschrift bildete, so darf wohl ohne Bedenken angenommen werden, daß auch der Beklagte verbunden ist, dem Kläger binnen Jahresfrist von der Beweisaufnahme Nachricht zu geben, wenn der Letztere ohne sein Verschulden zum Verhöre selbst nicht geladen werden konnte.

Linde a. a. O. S. 28—30.

Wirsing a. a. O. S. 72 flg.

Die Unterlassung dieser nachträglichen Denunciation raubt dem aufgenommenen Beweise alle Kraft.

c. 5. X. 2. 6.

3) Ueber das Verhör selbst und über die Aussagen der Zeugen wird, wie gewöhnlich, eine gerichtliche Urkunde (Rotulus) ausgefertiget, und diese bleibt versiegelt in gerichtlicher Verwahrung, bis etwa in der Folge der Producent wirklichen Gebrauch davon machen will.

Auf Beweislast und Beweisthema im künftigen Hauptprocesse hat übrigens die prob. in perp. mem. keinen Einfluß, und es steht dem Producenten auch frei, in dem künftigen Processe, — (in welchem er sich bei der ordentlichen Beweisantretung auf die frühere Beweisaufnahme

beziehen muß) über dieselben Thatsachen neue Beweismittel in Vorschlag zu bringen.

Da übrigens nach gemeinem Rechte angenommen wird, daß die Zeugen durch die wirkliche Production gemeinschaftliche Beweismittel werden, so muß man consequent auch dem Producten die Befugniß einräumen, auf die Eröffnung des Rotulus anzutragen.

Heffter, Instit. S. 529.
Linde a. a. O. S. 40 oben.

Wohl aus diesem Grunde ist in den Reichsgesetzen

D. A. v. 1600. §. 28.

vorgeschrieben, daß die Attestationes dem Producenten nur dann wieder herausgegeben werden sollen, wenn er einen Schein von dem judex litis pendentis beibringen würde, daß die Sache wirklich anhängig sey, und daß man des Rotulus bedürfe, oder daß der Gegner selbst damit zufrieden sey.

4) Die Frage, bei welchem Gerichte der Antrag auf eine Beweisführung zum immerwährenden Andenken gestellt werden müsse, ist in den Gesetzen nicht ausdrücklich entschieden, wird aber gewöhnlich dahin beantwortet, daß man jenes Gericht anrufen müsse, welches für die Hauptsache competent sey.

Nur dann, wenn die Gefahr so dringend ist, daß der competente Richter nicht mehr angerufen werden kann, läßt man eine Ausnahme zu.

Boehmer, J. E. P. lib. II. Tit. VI. §. 11 u. 12.
Gesterding a. a. O. S. 346 flg.

5) Das canonische Recht handelt von dem Beweise zum immerwährenden Gedächtniß zunächst nur in Beziehung auf Zeugen. Da jedoch der innere Grund, durch welchen sich das canonische Recht zur Aufnahme dieses anomalen Instituts bewogen fand, nämlich die Gefahr,

späterhin den nöthigen Beweis nicht mehr führen zu können, nicht bloß bei Zeugen, sondern auch bei anderen Beweismitteln eintreten kann, so entsteht die Frage, ob eine analoge Ausdehnung der prob. in perp. rei mem. zuläßig ist, oder nicht?

In Beziehung auf Urkunden, von welchen zu befürchten steht, daß sie Alters halber, oder wegen anderer Zufälle in Bälde unleserlich und unbrauchbar werden könnten, hat das canonische Recht in dieser Hinsicht selbst einige Vorsorge getroffen. Im

c. 4. X. 2. 30.

ist nämlich die Zusicherung ertheilt, daß der Papst Urkunden über von ihm verliehene Privilegien, wenn rücksichtlich derselben die angedeutete Gefahr eintreten sollte, erneuern (innovare) wolle. In

c. 16. X. 2. 22.

ist aber verordnet, daß, wenn der Inhaber einer Urkunde propter vetustatem vel aliam justam causam eine öffentlich beglaubigte Abschrift derselben (exemplar) verlangen würde, das Original dieser Urkunde dem Ordinarius, oder dessen Delegaten vorgelegt, von diesem sorgfältig geprüft, und, wenn es vollkommen fehlerfrei befunden würde, einer publica persona (Notar, tabellio) zur Fertigung einer Abschrift übergeben werden soll. Dabei ist ausdrücklich bemerkt, daß ein solches exemplar „eandem auctoritatem cum originali" haben soll.

Diese Anordnungen waren nun allerdings, wie im c. 4. X. 2. 30. auch ausdrücklich bemerkt wird, durch dieselben Motive veranlaßt, welche den Vorschriften über die prob. in perp. mem. bei Zeugen zum Grunde lagen. Allein mit Recht ist bemerkt worden, daß das hier vorgeschriebene Verfahren nicht als eine analoge Ausdehnung des Verfahrens bei dem Zeugenbeweise zum ewigen

Gedächtniß betrachtet werden könne, weil im c. 16. X. 2. 22. von der Beiziehung der Interessenten gar keine Erwähnung geschieht, wie bei dem Zeugenbeweise in perp. mem.

v. Linde, Abh. II. S. 30 flg.

Selbst der Ausdruck „innovatio" im c. 4. X. 2. 30. könnte nur auf den ursprünglichen Aussteller der Urkunde bezogen werden, welcher aber nicht nothwendig auch der künftige Proceßgegner seyn muß, dessen Vorladung doch bei dem Zeugenbeweise für nothwendig erklärt ist. Auch kommt von einer denunciatio intra annum hier nichts vor, wie bei dem Zeugenbeweise.

Bei öffentlichen Urkunden mag nun zwar dieses canonisch rechtliche Exemplificationsverfahren als ein Aequivalent der prob. in perp. mem. betrachtet werden, weil öffentliche Urkunden (auch exemplificirte) der Diffession nicht unterliegen. Bei Privaturkunden kann aber dieses nicht angenommen werden, weil bei Privaturkunden, wenn sie in einem Rechtsstreite wirklich beweisen sollen, die Recognition von Seite des Proceßgegners nothwendig ist, dieser aber die Erklärung über die Aechtheit ohne Nachtheil verweigern kann, wenn ihm nicht das wirkliche Original, sondern nur eine — wenn gleich beglaubigte Abschrift vorgelegt wird. — Nur dann, wenn auch der künftige Proceßgegner unter dem Rechtsnachtheile der Recognition zu jenem Exemplificationsverfahren vorgeladen werden müßte, — was freilich die praktischen Schriftsteller nach

J. H. Boehmer, J. E. P. II. 22. §. 5 u. 6.

aber ohne gesetzliche Rechtfertigung annehmen, würde man dieses Verfahren als eine wirkliche prob. in p. m. ansehen dürfen.

Vergleiche hierüber:

v. Linde a. a. O. und

Wirsing a. a. O. S. 35—45.

Was aber die Zuschiebung des Haupteides zum immerwährenden Gedächtniß betrifft, so läßt sich zwar auch hier ein Fall denken, in welchem der Beweisführer in Gefahr stünde, dieses Beweismittel — (wenigstens in seiner wirksamsten Richtung auf die Ableistung eines Eides de veritate) durch längeren Aufschub zu verlieren. Da jedoch nach allgemeinen Proceßgrundsätzen Niemand verpflichtet ist, außer der Ordnung des Verfahrens, oder wohl gar schon vor dem Beginne des Rechtsstreites einer arctatorischen Ladung zur Erklärung über eine beliebige Eidesdelation Folge zu leisten; eine gesetzliche Ausnahme von diesen Grundsätzen aber hier in den Gesetzen noch weniger, als bei Urkunden nachgewiesen werden kann, so ist gewiß die Ansicht Derjenigen richtiger, welche eine analoge Ausdehnung der prob. in p. m. auf die Eidesdelation verwerfen.

Wirsing a. a. O. S. 45 flg.

Dagegen unterliegt diese Ausdehnung keinem Bedenken in Bezug auf den Beweis durch Sachverständige, wegen der Aehnlichkeit dieses Beweises mit dem Zeugenbeweise; und die Vornahme eines Augenscheines zum immerwährenden Andenken wird gleichfalls allgemein als zulässig erkannt.

v. Linde a. a. O. S. 34 flg.

Wirsing S. 34 flg.

Von den Beweisgründen im Allgemeinen.

§. 241.

Eine vollkommene Ueberzeugung von der Wahrheit einer thatsächlichen Behauptung könnte der Richter nur auf zweifache Art erlangen, nämlich entweder a) durch unmittelbare, eigene sinnliche Wahrnehmung der Thatsache selbst, auf welche die Behauptung gerichtet ist (Augenschein); oder b) durch eigene Wahrnehmung einer anderen Thatsache, welche jedoch zu der zu beweisenden in einem solchen Verhältnisse stünde, daß von der ersteren mit stringenter Nothwendigkeit auf die Gewißheit der letzteren geschlossen werden müßte. Im Gebiete des Civilprocesses sind jedoch diese beiden Ueberzeugungsmittel nur selten anwendbar, weil die Thatsachen, auf welchen streitig gewordene Ansprüche beruhen, gewöhnlich schon der Vergangenheit angehören, und daher den Augenschein, der nur auf Erscheinungen der Gegenwart beschränkt ist, ausschließen. Würde daher das Gesetz dessen ungeachtet die Entscheidung eines Rechtsstreites von dem Vorhandenseyn einer solchen vollkommenen Ueberzeugung des Richters abhängig machen, so würden die meisten Processe gar nicht entschieden werden können, und die unvermeidliche Folge eines solchen Zustandes würde die Selbsthülfe seyn. Diesem Mißstande kann nur dadurch vorgebeugt werden, daß auch schon ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit für hinreichend erklärt wird, um ein Urtheil in einer streitigen Sache sprechen zu können (formelle Wahrheit).

Die Gründe, durch welche eine solche Wahrscheinlichkeit hervorgebracht werden kann, beruhen theils auf der Erfahrung, theils auf den Gesetzen der Logik, und

sind — an sich betrachtet — im Gebiete des gerichtlichen Verfahrens keine anderen, als im gewöhnlichen Leben.

Nur in folgenden Beziehungen enthält das gemeine Recht eigenthümliche positive Vorschriften:

1) in Ansehung der Bedingungen, unter welchem jeder dieser Gründe geltend gemacht werden darf,

2) in Ansehung der Formen, welche bei der Geltendmachung beobachtet werden müssen, und vorzüglich

3) in Ansehung der Frage, ob der durch die Benützung dieser Gründe in einem concreten Falle erzeugte Grad von Wahrscheinlichkeit zur Rechtfertigung eines Definitivurtheils in der Streitsache selbst hinreiche oder nicht?

Bezüglich dieser Frage hat nämlich die Gesetzgebung die Wahl zwischen folgenden zwei grundsätzlichen Bestimmungen. Sie kann entweder

1) die Beantwortung dieser Frage in jedem einzelnen Falle dem freien individuellen Ermessen der Richter überlassen (Grundsatz der Institution der s. g. Schwurgerichte); oder sie kann

2) dem Richter vorschreiben, daß er unter gewissen, objectiv erkennbaren Voraussetzungen verurtheilen müsse, ohne das Daseyn dieser Voraussetzungen aber nicht verurtheilen dürfe.

Dieses zweite System nun, welches man (nicht sehr passend) „Beweistheorie“ zu nennen pflegt, hat im gemeinen deutschen Proceßrechte (wenigstens in vorherrschender Eigenschaft, und abgesehen von den Fällen, in welchen eine Bescheinigung hinreicht) Eingang gefunden.

Die Frage, welches von beiden Systemen den Vorzug verdiene, hat in der neuesten Zeit, insbesondere im Gebiete des Strafprocesses (in welchem die Frage auch

eine politische Seite darbietet) sehr lebhafte Erörterungen hervorgerufen. In Bezug auf den Civilproceß, welcher sich zunächst nur auf Privatrechte bezieht, ist zwar die Polemik gegen das bestehende Recht nicht so eifrig betrieben worden. Indessen hat es doch nicht an einzelnen Stimmen gefehlt, welche auch für die Civilrechtspflege das wahre Heilmittel nur in der Anwendung der Schwurgerichte finden zu können glaubten.

G. Hase, über die Anwendung von Geschwornen, namentlich im Civilproc. Weimar 1849.

J. C. Hagens, über die Einführung der Geschwornen für Civil- und Criminalsachen. Paderborn 1848.

Wenn man jedoch erwägt, daß die Entscheidung der That- **und der Rechtsfrage** in einem Civilprocesse bei der gegenwärtigen Beschaffenheit des positiven Civilrechts in Deutschland einem aus rechtsunkundigen Personen zusammengesetzten Schwurgerichte nicht überlassen werden kann; die Trennung der Rechtsfrage von der Thatfrage aber in Civilstreitigkeiten noch ungleich schwieriger werden kann, als in Criminalsachen; — so stellt sich die Einführung eines volksthümlichen Schwurgerichts in diesem Gebiete jedenfalls als unausführbar dar. — Aber selbst unter Beibehaltung rechtsgelehrter Richter würde die gänzliche Verwerfung jeder bindenden Beweistheorie mit Uebelständen verbunden seyn, welche kaum geringer anzuschlagen wären, als die mit dem gegenwärtigen Systeme verbundenen. Denn wenn auch nicht geläugnet werden kann, daß dem letzteren zufolge der Richter zuweilen ohne volle individuelle Ueberzeugung verurtheilen, oder gegen seine persönliche Ueberzeugung lossprechen muß, so ist auf der anderen Seite zu bedenken, daß eine gänzliche Befreiung des

richterlichen Urtheils in Ansehung der Beweisfrage bei der Verschiedenheit der intellectuellen und moralischen Eigenschaften der einzelnen Richter, — und bei der Verschiedenheit selbst der individuellen Stimmungen eines und desselben Richters unter zufällig veränderten Umständen unvermeidlich eine Ungleichförmigkeit der Rechtsprechung zur Folge haben würde, welche im Allgemeinen die Ehrfurcht gegen das Richteramt noch mehr zu erschüttern geeignet wäre, als die einzelnen Consequenzen der bestehenden formellen Beweistheorie, auf welche vollkommen anwendbar ist, was Just. Möser über das formelle Recht überhaupt ausspricht.

A. D. Weber, über die Verbindl. zur Beweisf. I. 6. S. 10.

Vorzügl. aber Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. XXXI. S. 388 flg.

J. Möser, patriot. Phantas. IV. S. 113 flg.

Wetzell, Syst. I. §. 21.

Classification der Beweisgründe.

§. 242.

Wenn man von den Bedingungen der Anwendbarkeit der einzelnen Beweisgründe, sowie von dem Grade ihres möglichen Einflusses auf die Ueberzeugung des Richters abstrahirt, so kann man diese Gründe auf folgende Art übersichtlich zusammenstellen:

A. Eine directe Ueberzeugung von der Wahrheit einer thatsächlichen Behauptung kann der Richter erhalten

a) schon nach dem allgemeinen Gesetze der menschlichen Natur — dadurch, daß er die Thatsache mit eigenen Sinnen wahrnimmt, auf welche die Behauptung gerichtet ist (Augenschein);

b) in Folge der Bestimmungen des positiven Rechts aber außerdem auch noch

1) dadurch, daß diejenige Partei, zu deren Nachtheil eine Behauptung im Rechtsstreite benützt werden kann, die Wahrheit derselben (entweder wirklich oder in Folge einer rechtlichen Fiction) selbst einräumt (Geständniß); oder,

2) daß die Partei, welche eine Behauptung zu ihrem eigenen Vortheile aufgestellt hatte, die Wahrheit derselben eidlich bekräftiget (Eid); oder endlich,

3) daß dritte Personen, welche die behauptete Thatsache wahrgenommen haben, das Resultat ihrer Wahrnehmung dem Richter in gesetzlicher Form mittheilen (Zeugenbeweis).

B. Indirect kann aber eine Behauptung dem Richter gewiß oder glaubwürdig werden, wenn er durch die bisher aufgezählten Beweisgründe zwar nicht von der Wahrheit der behaupteten Thatsache selbst, sondern einer anderen überzeugt worden ist, wenn aber von dieser anderen Thatsache auf die Wahrheit der behaupteten ein Schluß gezogen werden kann (Schlußfolgerung); sey es nun, daß der Richter selbst im Stande ist, diesen Schluß zu ziehen, oder daß er sich hiezu anderer, zu diesem geistigen Geschäfte befähigter Personen bedienen muß (urtheilende Sachverständige).

Die einzelnen Beweisgründe sind demnach: *Augenschein*, *Geständniß*, *Eid*, *Zeugenaussagen* und *Schlußfolgerungen*.

Urkunden sind eigentlich selbst kein *Beweisgrund*, sondern nur eine besondere *Ausdrucksform* eines Beweisgrundes, z. B. eines *Geständnisses*, eines *Zeugnisses*, eines *Gutachtens*, oder die in bleibender Form fixirte Manifestation eines Willensactes (z. B. eine Testamentsurkunde).

Von den einzelnen Beweisgründen soll nun ausführlicher gehandelt werden.

Da jedoch von dem *Geständnisse*, sowie von dem *indirecten* Beweise durch Schlußfolgerungen (mit Ausnahme der Gutachten Sachverständiger) schon früher die Rede war, so wird sich der folgende Vortrag nur auf den Beweis durch *Zeugen*, *Augenschein*, *Sachverständige* und *Eid* beschränken. Die Lehre von dem Urkundenbeweise scheint am zweckmäßigsten nach der Erläuterung derjenigen Beweisgründe eingeschaltet zu werden, welche in urkundlicher Form hervortreten können.

Auch wird in der zunächst folgenden Darstellung nur von der *materiellen* Eigenthümlichkeit der genannten Beweise (also von dem Begriffe, den Bedingungen ihrer Zulässigkeit und ihrer vollen Wirksamkeit), nicht auch von der Form des dabei zu beobachtenden *Verfahrens* die Rede seyn, welche zweckmäßiger einer gesonderten Darstellung vorbehalten bleibt.

I. Vom Zeugenbeweise.

Begriff und Wesen dieses Beweises.

§. 243.

Zeuge im weitesten Sinne ist Jeder, der ein Ereigniß, eine Handlung oder den Zustand und die Eigenschaften einer Sache mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat. Im Civilprocesse wird jedoch von Zeugen nur im Gegensatze und mit Ausschließung des Richters und der Parteien gesprochen. Denn hat der Richter selbst in amtlicher Eigenschaft Etwas wahrgenommen, so bezeichnet man diese Wahrnehmung durch den Ausdruck „Augenschein"; die Angaben der streitenden Theile aber sind entweder Geständnisse oder unglaubwürdige Asserte, heißen aber nie Zeugnisse, gesetzt auch, daß sie sich auf eigene sinnliche Wahrnehmung gründen sollten. Zeugen im processualischen Sinne sind daher dritte Personen, außer dem Richter und den Parteien, welche dem Richter Dasjenige mittheilen, referiren, was sie mit eigenen Sinnen wahrgenommen haben.

Das Geschäft der Zeugen beschränkt sich übrigens bloß darauf, das Wahrgenommene treu mitzutheilen, und dadurch unterscheiden sie sich von den urtheilenden Kunstverständigen.

Von der Verbindlichkeit zur Zeugschaftleistung im Civilprocesse.

§. 244.

In der Regel ist Jedermann ohne Unterschied des Standes und des Ansehens verpflichtet, einem Andern auf Verlangen gerichtliches Zeugniß zu leisten.

Tot. tit. X. 2. 21.

Cfr. c. 16. C. 4. 20.

Fr. 21. §. 1. D. 22. 5.

Selbst die eidlich übernommene Verpflichtung, gegen eine Partei kein Zeugniß leisten zu wollen, gilt nicht als Entschuldigungsgrund.

c. 18 u. 54. X. 2. 20.

Indessen leidet doch diese Regel in doppelter Hinsicht eine Ausnahme. Es gibt nämlich

I. Personen, welche nicht schuldig sind, sich als Zeugen gebrauchen zu lassen, wenn sie nicht selbst wollen, und

II. Solche, die in gewissen Fällen nicht einmal Zeugniß leisten dürfen, wenn sie auch wollten.

ad I. In die erste Classe gehören nach einer allgemein angenommenen Ausdehnung des

Fr. 4 u. 5. D. 22. 5. und

Fr. 10. pr. D. 38. 10.

auf den Civilproceß die nächsten Blutsverwandten bis zum siebenten Grade einschlüssig, — Stiefeltern und Stiefkinder, Schwiegereltern und Schwiegerkinder, Eheleute und Verlobte, welche alle zwar für einander ein (freilich nur verdächtiges) Zeugniß leisten können, aber nicht schuldig sind, gegen einander zu zeugen.

Außerdem gehören noch hieher Vasallen in Sachen des Lehenherrn,

F. II. c. 33.

und Solche, die de propria turpitudine aussagen müßten.

J. R. A. §. 53.

Nach Römischem Rechte waren auch hohes Alter, Krankheit, Kriegsdienst und Abwesenheit in Diensten des Staats Entschuldigungsgründe,

Fr. 8. D. 22. 5.

welche aber jetzt, bei der Möglichkeit, die Vernehmung durch Deputation oder auf dem Wege der Requisition zu bewerkstelligen, nicht mehr berücksichtiget werden.

Glück, Comment. Thl. XXII. S. 182.

Wetzell, Syst. I. S. 132.

Dagegen werden nach der Analogie der in Fr. 4 u. 5. D. 22. 5. enthaltenen Vorschrift jetzt auch Advocaten in Sachen ihrer Clienten, und Vormünder in Sachen ihrer Pflegbefohlenen von der Pflicht, Zeugniß zu leisten, freigesprochen.

Vgl. z. B. B. v. Kreittmayr in den Annot. zum Cod. jud. c. 10. §. 8.

ad II. In die zweite Classe gehören Beichtväter in Ansehung Dessen, was ihnen in der Beichte anvertraut worden ist.

Dist. VI. can. 2. de poenitentia.

c. 13. X. 5. 31.

c. 12. in fin. X. 5. 38.

Mittermaier im neuen Archiv. des Crim. R. Bd. VIII. S. 343 flg.

Selbst eine freiwillige Anzeige (Denunciation) von Seite des Beichtvaters ist pflichtwidrig, und verdient keinen Glauben.

A. M. ist gewissermaßen: Andres über das Beichtsiegel im neuen Archiv des Criminalrechts Bd. II. S. 167.

Vgl. Glück, Comment. Thl. XXII. S. 174. Nr. 1.

G. A. Ackermann, Hommels alph. Zeugencatalog. Dresden 1843. S. 34.

Eltern und Kinder gegen einander (wohl aus Rücksicht auf Erhaltung der Familieneintracht),

c. 6. C. 4. 20.

(Vgl. jedoch: c. 3. X. 4. 18. c. 22. X. 2. 20.)

und überhaupt Personen, denen es gesetzlich verboten ist, etwas zu entdecken, weßhalb auch nicht bloß öffentliche Beamte, sondern auch Advocaten, insofern sie Amtsgeheimnisse, beziehungsweise anvertraute Geheimnisse ihrer jetzigen oder ehemaligen Clienten verrathen sollten, ja von Einigen selbst Aerzte rücksichtlich der ihnen von dem Patienten mitgetheilten Krankengeheimnisse hieher gezählt werden.

Vgl. jedoch über die Aerzte: Spangenberg in der Zeitschr. von Linde u. Marezoll Bd. III. S. 70 u. flg.; — und über die Advocaten: Fr. 25. D. 22. 5. u. nov. 90. c. 8., dann Linde in s. Zeitschr. Bd. I. S. 283 flg. und Spangenberg a. a. O. S. 75 unt. und S. 76. S. überhaupt noch: Wetzell, Syst. I. S. 128. not. 13.

Wer übrigens als Zeuge aufgerufen wird, kann von dem Producenten Schadloshaltung verlangen.

c. 11. 16. §. 1. C. 4. 20.
c. 11. in fin. in 6to 1. 3.

Erfordernisse des Zeugenbeweises.

§. 245.

Die Erfordernisse eines vollgültigen Zeugenbeweises beziehen sich A) auf die persönliche Glaubwürdigkeit der Zeugen, B) auf die Anzahl derselben, C) auf den Grund ihrer Wissenschaft, D) auf die Beschaffenheit ihrer Aussage, und endlich E) auf die Art ihrer Vernehmung.

ad A. Hinsichtlich der persönlichen Glaubwürdigkeit wird vorausgesetzt, daß die Zeugen weder unfähig (inhabiles) noch verdächtig (suspecti) seyen. (Hievon im nächsten Abschnitte besonders.)

ad B. Was die erforderliche Anzahl der Zeugen betrifft, so ist auf jeden Fall gewiß, daß ein Zeuge zur Herstellung eines vollständigen Beweises in der Regel nicht hinreicht. Ja es scheint sogar nach

c. 9. §. 1. C. 4. 20.

daß ein einzelner Zeuge gar nicht zum Verhöre zugelassen werden sollte, was jedoch nicht mehr beobachtet wird. Zwei Zeugen konnten aber allerdings schon nach Röm. Rechte,

Fr. 12. D. 22. 5.

und auch nach canonischem, — welches sich hiebei auf Deut. c. 17. und Matth. c. 18. v. 16. beruft,

c. 4. 23. X. 2. 20.

vollen Beweis liefern, und können es auch jetzt noch, wenn nur sonst in keiner Beziehung eine Bedenklichkeit gegen sie obwaltet.

Vgl. Mittermaier im Arch. V. S. 197 flg.

Ausnahmsweise sind übrigens zuweilen mehr als zwei Zeugen nothwendig, sowie umgekehrt manchmal auch der Aussage eines einzigen voller Glaube geschenkt wird. Letzteres ist namentlich dann der Fall, wenn eine Amtsperson Etwas bezeugt, was sie in amtlicher Eigenschaft wahrgenommen oder verfügt hat.

Vgl. Fr. 5. §. 13. D. 27. 9.
c. 21. C. 9. 22.
c. 23. X. 1. 6.
Boehmer, J. E. P. II. 20. §. 22—24.
Historische Nachweisungen hierüber s. in Wetzell, Syst. I. S. 136. not. 74.

Außerdem zählen einige auch den Fall hieher, wenn ein Zeuge über eine eigene Handlung (de facto proprio) deponirt:

Gesterding, Nachforsch. I. Thl. S. 177 flg. u. II. S. 421.

Frhr. v. Zu-Rhein, Beitr. zur Gesetzgeb. Heft 1. S. 34 flg.

oder, wenn ein Zeuge gegen Denjenigen aussagt, welcher ihn selbst producirt hatte.

Allein die erste Behauptung hat kein Gesetz für sich,

Linde in seiner Zeitschr. Bd. III. S. 179 flg.

und die zweite beruht wohl auf einer Verwechslung der Unzulässigkeit von Einwendungen gegen die persönliche Glaubwürdigkeit eines selbst vorgeschlagenen Zeugen (welche übrigens auch nicht unbedingt behauptet werden kann) mit der Verbindlichkeit, einen Zeugen anstatt zweier gelten lassen zu müssen. Diese Verbindlichkeit ist in den Gesetzen nirgendwo als eine Folge des Selbstproducirens ausgesprochen.

Glück, Comm. a. a. O. S. 224 flg.

Daß übrigens ein Zeuge vollständigen Beweis macht, wenn die Gegenpartei ausdrücklich dazu einwilliget, ist zwar richtig, kann aber eigentlich nicht als eine besondere Ausnahme betrachtet werden.

Vgl. über das Ganze: Chr. Heinr. Gmelin, über die Beweiskraft eines Zeugen u. s. w. Tübing. 1806.

Mehr als zwei Zeugen, und zwar fünf, werden aber nach einer jetzt freilich nicht mehr beachteten Vorschrift des Röm. Rechts

c. 18. C. 4. 20.

Cfr. Nov. 90. c. 2.

erfordert zum Beweise der Zahlung einer urkundlich einbekannten Schuld s. darüber: Linde in s. Zeitschrift B. I. S. 241 bis 244, welcher diese Vorschrift aus Gründen der Zweckmäßigkeit auch für eine neue Legislation

als empfehlenswerth betrachtet, was jedoch erhebliche Bedenken gegen sich haben dürfte. — Daß bei Errichtung letztwilliger Dispositionen mehr als zwei Zeugen nothwendig sind, wird zwar gewöhnlich als eine nicht in den Proceß gehörige Bestimmung betrachtet. Wenn aber die Disposition bloß mündlich getroffen wurde, so kann dieselbe doch nur durch eidliche Aussage aller Testamentszeugen vollkommen bewiesen werden.

Puchta, Pand. §. 516. not. c.

Ueber einige andere Fälle s. noch:

Glück, Comm. Bd. XXII. S. 219.

Hassenpflug, kleine Schriften I. S. 117 flg., und diese Vorträge oben S. 396.

ad C. Die Zeugen müssen Dasjenige, was sie bestätigen, mit eigenen Sinnen wahrgenommen haben.

Nov. 90. c. 2.

„Haec autem“.

c. 15. C. 3. qu. 9.

c. 47. X. 2. 20.

Nur in wenigen Fällen, in welchen testes de proprio sensu nach der Beschaffenheit des zu beweisenden Verhältnisses an sich schon entweder gar nicht, oder nur äußerst schwer zu haben sind, legen die Gesetze auch Zeugen vom Hörensagen einen Werth bei; nämlich

a) bei dem Beweise der unvordenklichen Verjährung, zu dessen Herstellung die Zeugen zwar aus eigener Wahrnehmung bestätigen müssen, daß in dem letzten Menschenalter kein anderer Zustand bestanden habe (weßhalb man auch ein mehr als vierzigjähriges Alter der Zeugen für nöthig hält), — hinsichtlich des früheren Zustandes aber nicht mehr erfordert wird, als die Aussage, von dazu geeigneten Personen gehört zu haben,

daß auch zur Zeit der früheren Generation kein anderer Zustand vorhanden war.

Fr. 28. D. 22. 3.

Fr. 2. §. 8. D. 39. 3.

S. Paul H. J. Schelling, die Lehre von der unvordenklichen Zeit. Münch. 1835. S. 123—134.

Vgl. übrigens: Wetzell a. a. O. S. 127. not. 4.

b) Bei dem Beweise der Verwandtschaft oder Schwägerschaft in Ehesachen, jedoch nur unter mancherlei Beschränkungen und Cautelen, insofern es auf die Trennung einer schon bestehenden Ehe abgesehen ist.

c. 5 u. 47. X. 2. 20.

Gesterding, Nachforsch. Thl. IV. Abth. 2. S. 110 flg.

Davon abgesehen können aber Zeugnisse vom Hörensagen, sollten deren auch so viele zusammentreffen, daß sie ein Gerücht (fama, rumor viciniæ) bildeten, doch nur eine einfache Vermuthung begründen, deren Gewicht der Richter nach den Umständen und in Verbindung mit den etwa sonst noch vorhandenen Beweisen zu bestimmen hat.

Fr. 3. §. 2. D. 22. 5.

c. 13. X. 2. 19.

c. 27. X. 2. 20.

c. 27. X. 4. 1.

c. 5. X. 4. 13.

Gleichzeitigkeit der Wahrnehmung von Seite mehrerer Zeugen ist übrigens bei dem Beweise permanenter Zustände nicht erforderlich.

ad D. Was den Inhalt und die Beschaffenheit der Aussagen selbst betrifft, so sind darüber folgende Grundsätze zu bemerken:

a) Wenn die Aussagen vollen Beweis machen sollen, so müssen sie sich auf das nämliche Factum beziehen. Selbst dann, wenn das zu beweisende Verhältniß in eine Reihe einzelner Thatsachen aufgelöst worden wäre, welche zusammengenommen das Beweisthema vollständig erschöpften, würde doch dieses nicht als vollkommen erwiesen zu betrachten seyn, insofern jede einzelne Thatsache nur von einem Zeugen bestätiget worden wäre; obwohl nicht zu läugnen ist, daß durch das passende Ineinandergreifen solcher Aussagen die Wahrscheinlichkeit zu einem so hohen Grade gesteigert werden kann, daß auf den Erfüllungseid erkannt werden darf. Nur dann, wenn die zu beweisende Thatsache in verschiedenen äußeren Erscheinungen, aber in jeder derselben vollständig hervortritt, kann durch die Aussagen von Zeugen, deren jeder über eine andere Erscheinung deponirt, voller Beweis hergestellt werden.

A. M. ist Wetzell a. a. O. S. 136. not. 75. Man bezeichnet übrigens das Verhältniß mehrerer Zeugen, von welchen jeder über eine andere Thatsache deponirt, durch den Ausdruck „*singularitas* testium,“ und zwar insbesondere *adminiculativa*, im Gegensatze zu anderen Arten derselben.

Vergl. B. v. Kreittmayr, Anmerk. zum Cod. jud. c. 10. §. 17. Nr. 5.

In den Gesetzen kommt außer dem Ausdrucke „test. singulares“ in c. 9. X. 2. 19. nichts von dieser Lehre vor.

Vgl. Gesterding, Ausbeute von Nachforsch. I. S. 180.

b) Die Aussagen der Zeugen müssen unter sich, wenigstens in den wesentlichen Punkten, übereinstimmen.

Leyser, med. Sp. 285. med. 3.

Widersprüche in der Hauptsache selbst können die Glaubwürdigkeit der Aussagen gänzlich aufheben.

S. Gesterding, Nachforsch. Th. IV. Abth. 2. S. 125 flg.

c) Auch die Aussage eines Zeugen für sich allein betrachtet, darf nichts Widersprechendes enthalten.

Fr. 2. D. 22. 5.

c. 9. X. 2. 19.

Nachträgliche Berichtigungen einzelner Punkte haben nur dann keinen nachtheiligen Einfluß auf die Glaubwürdigkeit der ganzen Aussage, wenn sie auf der Stelle geschehen und dem Richter auch sonst keine Bedenklichkeit erregen.

c. 7. X. 2. 21.

Vgl. Gesterding a. a. O. S. 210.

d) Die Aussage muß bestimmt und deutlich seyn. Die Undeutlichkeit kann man jedoch durch eine wiederholte, sorgfältigere Vernehmung zu heben suchen.

c. 53. X. 2. 20.

e) Unstreitig hat auch das persönliche Benehmen des Zeugen einen entscheidenden Einfluß auf die Glaubwürdigkeit seiner Aussage,

Fr. 3. §. 1. D. 22. 5.

welcher aber freilich bei unserem jetzigen Verfahren, wo der urtheilende Richter sehr oft nicht derselbe

ist, welcher die Zeugen vernommen hat, nicht mehr gehörig gewürdiget werden kann.

Mittermaier im Archiv V. S. 199.

Ob übrigens ein Zeuge angibt, daß etwas geschehen oder nicht geschehen sey (test. negans), ist in Ansehung der Glaubwürdigkeit seiner Aussage gleichgültig, insofern nur der verneinende Zeuge den Vorfall hätte wahrnehmen müssen, wenn er sich wirklich ereignet hätte.

Schneider, vom rechtl. Bew. §. 148.

Vgl. Gesterding a. a. O. I. S. 165 flg.

Ad E. Was das Verhör selbst betrifft, so ist, abgesehen von der dabei vorgeschriebenen Form des Verfahrens (s. unten), nothwendig,

a) daß die Zeugen ihre Wahrnehmung persönlich,

Fr. 3. §. 3. und 4. D. 22. 5.

c. 15. C. 3. qu. 9.

und zwar

b) unmittelbar dem Gerichte selbst mittheilen, welches entweder die Streitsache zu instruiren hat, oder von dem instruirenden Gerichte auf dem Wege der Requisition um die Vornahme des Verhöres ersucht worden ist. Die in einem anderen Processe geleisteten Zeugnisse haben nie dieselbe Kraft, wie die in dem betreffenden Rechtsstreite abgelegten; noch weniger bloße Privatzeugnisse, selbst wenn sie schriftlich ausgestellt wurden.

Fr. 21. D. 3. 2.

Fr. 3. §. 3. und 4. D. 22. 5.

c. 4. C. 4. 20.

Nur Amtspersonen können ihre Zeugnisse in Amtssachen auch schriftlich ausstellen.

Endlich

c) müssen in der Regel die Zeugen auch gehörig beeidiget werden.

c. 9. C. 4. 20.

c. 3. C. 4. qu. 2.

c. 20. C. 3. qu. 9.

c. 51. X. 2. 20.

Stand und Würde des Zeugen machen hiebei keine Ausnahme. Selbst Geistliche müssen ihr Zeugniß eidlich bekräftigen.

c. 51. X. 2. 20.

(Ueber einige scheinbar widersprechende Stellen z. B.

c. 38. C. 2. qu. 6.

c. 22. C. 22. qu. 5.

s. Glück, Comm. Bd. XXII. S. 193 flg.)

Eben so wenig genießen nach gemeinem Rechte adelige oder graduirte Personen in dieser Hinsicht eine Befreiung, obgleich ihnen nach particularrechtlichen Vorschriften nicht selten eine solche eingeräumt ist. Nur bei fürstlichen Personen hat man unter analoger Anwendung des R. A. von 1555. §. 58. a. E. der Versicherung bei fürstlichen Würden die Kraft einer eidlichen Bestätigung beigelegt.

Glück a. a. O. S. 196.

Indessen darf doch die Beeidigung der Zeugen dann unterbleiben, wenn entweder aa) beide Theile ihre Einwilligung dazu geben;

c. 39. X. 2. 20.

oder bb) wenn eine Amtsperson etwas bezeugen soll, was sie von Amtswegen verfügt oder wahrgenommen hat;

arg. c. 6. X. 1. 9.

(s. Wetzell, Syst. S. 129. not. 19.)

oder endlich cc) wenn der Product die bereits von dem Producenten benützten und für ihn beeidigten Zeugen zum Behufe seines directen Gegenbeweises vernehmen läßt.

Linde, Abh. Bd. I. S. 65.

Gesterding a. a. O. II. S. 420.

Der Zeugeneid ist übrigens nach gemeinem Rechte promissorischer Natur, weil er nicht nach, sondern vor gemachter Aussage dahin geleistet wird, daß der Zeuge die Wahrheit sagen wolle;

c. 9. C. 4. 20.

c. 3. C. 4. qu. 2 et 3.

eine Einrichtung, für deren Zweckmäßigkeit sich der Grund anführen läßt, daß dadurch die Wiederholung des Beeidigungsactes überflüssig wird, wenn der nämliche Zeuge in derselben Sache noch einmal vernommen werden soll, vorausgesetzt, daß er das erstemal de tota causa geschworen hat.

Gesterding, Nachforsch. II. Bd. S. 419.

Linde im Arch. f. civ. Prax. Bd. XIII. S. 117.

Vgl. jedoch: Dr. W. Puchta, Beitr. I. S. 190 flg.

Die Eidesformel ist jetzt wohl allenthalben durch Particulargesetze festgesetzt. Die gemeinrechtliche findet sich in der C. G. O. Thl. I. Tit. 77. (vgl. c. 5. X. 2. 20.). Ueber die Ordnung und Form des Judeneides s. C. G. O. Thl. I. Tit. 86.

Vergl. überhaupt noch:

Gesterding, Nachforsch. Thl. IV. Abh. 2. S. 114 flg.

Von unfähigen und verdächtigen Zeugen insbesondere.

§. 246.

Unfähig im eigentlichen Sinne sollte man nur solche Zeugen nennen, welche die Wahrheit nicht sagen können, entweder, weil es ihnen a) gerade an demjenigen Sinne gebricht, mit dem das Factum hätte wahrgenommen werden müssen, oder b) weil ihnen die Geisteskraft mangelte, welche zu einer richtigen Perception nothwendig gewesen wäre, oder endlich c) weil sie sich auf gar keine oder doch nicht auf verlässige Art mittheilen können. — Verdächtig im weiteren Sinne ist aber jeder Zeuge, von dem es zweifelhaft ist, ob er die Wahrheit sagen werde. — Ein erschöpfendes Verzeichniß aller Verdachtsgründe läßt sich nicht aufstellen, indem hier Alles von individuellen Umständen abhängt. — Diejenigen Verdachtsgründe aber, welche in den Gesetzen ausdrücklich angeführt sind, kann man der leichteren Uebersicht halber in zwei Classen theilen, nämlich

I. in absolute, welche schon in den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen eines Zeugen, für sich betrachtet, liegen, und

II. in relative, welche entweder aus dem Verhältnisse des Zeugen zur Sache selbst, oder zu Einem der streitenden Theile hervorgehen.

ad I. In die erste Classe gehören namentlich folgende:

1) Unmündigkeit,

Fr. 3. §. 5. Fr. 19. §. 1. D. 22. 5.
c. 1. C. 4. qu. 2 et 3.

nicht etwa deßwegen, weil ein Unmündiger nicht vollkommen perceptionsfähig wäre, was sich in vielen Fällen durchaus nicht behaupten läßt,

Gesterding a. a. O. I. S. 204.

sondern weil vor dem 14ten Jahre Niemand beeidiget werden soll,

c. 15. 16. C. 22. qu. 5.

und weil ein Unmündiger noch nicht jene Festigkeit des Willens besitzt, von der sich erwarten ließe, daß er aller äußern Einwirkungen ungeachtet doch die Wahrheit sagen werde.

Fr. 3. §. 5. D. 22. 5.

„lubricum consilii."

Eben daher hat es aber auch kein Bedenken, daß ein mündig Gewordener über Thatsachen, welche er noch während der Unmündigkeit wahrgenommen hat, ein gültiges Zeugniß leisten könne, wenn nur die Thatsache so beschaffen war, daß sie auch von einem Unmündigen gehörig aufgefaßt werden konnte.

Gesterding a. a. O. S. 196 flg.

Martin §. 193. not. f.

A. M. ist Linde, Lehrb. §. 258. not. 3. (5te Aufl.)

2) Weibliches Geschlecht, zwar nicht nach Röm. Rechte, welches die Frauen nur als Solennitätszeugen, z. B. bei Testamenten nicht zuließ,

Fr. 20. §. 6. D. 28. 1.

Fr. 18. D. 22. 5.

wohl aber nach canon. Rechte.

c. 10. in f. X. 5. 40.

c. 17. C. 33. qu. 5.

Vgl. jedoch: c. 22. 33. X. 2. 20.

Der deutsche Gerichtsgebrauch folgt in dieser Beziehung dem Röm. Rechte, obgleich in älteren deutschen

Rechtsbüchern die Weiber in der Regel vom Zeugniß ausgeschlossen waren, z. B. im

Schwabensp. c. 14.

Vgl. Ackermann a. a. O. S. 68.

Gesterding Nachforsch. I. S. 207 flg.

3) Mehrere Fälle der *infamia* nach Röm.,

Fr. 3. §. 5. D. 22. 5.

die *excommunicatio* nach canon.,

c. 8. in 6to 5. 11.

und Rechtlosigkeit nach deutschem Rechte.

Sachsensp. II. 36. §. 4. III. 19. u. 28. §. 1.

Schwabensp. c. 54. §. 8.

4) Ein von den Zeugen begangenes Verbrechen. Nach Röm. Rechte wurde hiebei vorausgesetzt, daß derselbe bereits judicio publico condemnirt war;

Fr. 3. §. 5. Fr. 15. pr. Fr. 18. D. 22. 5.

Fr. 20. §. 5 u. 6. D. 28. 1.

allein nach canon. Rechte ist es hinreichend, wenn das Verbrechen auch nur im Laufe des Civilprocesses incidenter bewiesen wird.

c. 13. X. 2. 20.

c. 1. X. 2. 25.

Die Unzulässigkeit eines solchen Zeugen fällt jedoch wieder hinweg, wenn er sich seitdem gebessert hat, ausgenommen, das Verbrechen wäre ein Meineid gewesen, oder hätte Ehrlosigkeit zur Folge gehabt.

c. 54. X. 2. 20.

Vgl. P. G. O. Art. 107 u. 122.

S. hierüber: Mittermaier in den Jahrb. des gem. d. Proc. von Frhrn. v. Zu-Rhein Bd. I. H. 2. S. 201 flg.

Insbesondere sind auch bestochene (belohnte) Zeugen für unglaubwürdig erklärt.

Fr. 1. §. 2. D. 48. 10.

P. G. P. Art. 64.

5) Schlechter Lebenswandel.

Fr. 3. §. 5. D. 22. 5.

v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. I. 47. §. 3 und

6) gänzliche Unbekanntheit eines Zeugen (plane ignoti).

Nov. 90. c. 1.

P. G. O. Art. 63.

Vgl. Gesterding, Nachf. Thl. IV. Abth. 2, welcher diesen Verdachtsgrund nur auf Vagabunden im schlimmen Sinne des Wortes beschränken will.

Vgl. Wetzell, Syst. I. S. 131. not. 31.

Ad II. Als relative Verdachtsgründe sind in den Gesetzen folgende ausgezeichnet:

1) Eigenes Interesse bei der Sache, in welcher Jemand Zeugniß leisten soll.

Fr. 10. D. 22. 5.

c. 10. C. 4. 20.

Vgl. mit Fr. 1. §. 11. D. 49. 4.

Dabei ist es gleichgültig, ob das Interesse des Zeugen ein pecuniäres, oder irgend ein anderes ist.

Daher sind auch Advocaten, oder Procuratoren, welche einer Partei in einer Streitsache dienen, oder gedient haben, in dieser Sache keine glaubwürdigen Zeugen.

Fr. 25. D. 22. 5.

c. 3. in 6to 2. 10.

S. darüber: Linde in s. Zeitschr. Bd. I. S. 233 flg.

Noch andere Fälle ähnlicher Art bei Glück, Comm. Bd. XXII. S. 150. Nr. VII.

Die Frage, ob die Mitglieder einer universitas in den Streitigkeiten der letzteren als Zeugen auftreten können,

wird gewöhnlich mit der Unterscheidung beantwortet, ob der Ausgang des Processes bloß der universitas, als juristische Person betrachtet, Vortheil oder Nachtheil bringen kann, oder ob die als Zeugen vorgeschlagenen Mitglieder selbst etwas dabei gewinnen oder verlieren würden. Nur in dem letzten Falle sollen sie ausgeschlossen seyn, nicht auch in dem ersten.

Strube, rechtl. Bed. I. 2.

Glück a. a. O.

Allein für vollkommen glaubwürdige Zeugen wird man sie doch auch in dem ersten Falle kaum halten können, indem ihnen hier wenigstens der Verdacht einer besondern Vorliebe für ihre Gemeinde entgegensteht.

Leyser, med. sp. 283. med. 10.

Nur bei Streitigkeiten eines Klosters oder einer Kirche sind nach canonischem Rechte die Mitglieder, — welchen nicht gerade die Führung der Sache selbst übertragen ist, — als vollkommen fähige Zeugen zu behandeln.

c. 5. X. 2. 19.

c. 6 u. 12. X. 2. 20.

Vergl. über das Zeugniß der Mitglieder einer universitas die ausführliche Abhandlung von Wilh. Sell in dessen Jahrb. für histor. und dogmat. Bearb. des Röm. Rechts II. Bd. S. 148 flg. u. S. 252 flg.

2) Besondere Vorliebe für eine Partei, sie mag nun was immer für einen Grund haben.

Fr. 3. pr. D. 22. 5.

Daher sind namentlich verwandte und verschwägerte Personen, sowie Ehegatten und Verlobte verdächtige Zeugen.

Vergl. Fr. 9. D. 22. 5.

Fr. 24. D. eod.

c. 3. C. 4. 20. (testimonium domesticum).

Auf die Nähe des Grades kommt es bei Verwandten nicht an. Denn in Fr. 4. D. 22. 5., worauf man sich berufen hat, um zu beweisen, daß der Verdachtsgrund nur bis zum 7ten Grad der Seitenlinie (inclusive) reichen soll, ist nur bestimmt, daß Verwandte von näheren Graden nicht gezwungen werden können, ein Zeugniß zu leisten aber keineswegs, daß das testimonium entfernterer Verwandten vollkommenen Glauben verdiene. — In einigen Fällen kommt übrigens der Verdachtsgrund wegen Verwandtschaft gar nicht in Betracht, nämlich

a) wenn der Zeuge von der mit ihm nicht verwandten Partei vorgeschlagen wird; denn in diesem Falle hat der Producent factisch auf die Einwendung gegen die Glaubwürdigkeit dieses Zeugen Verzicht geleistet, der Product hat aber keine Ursache, gegen ihn zu protestiren;

Linde, Lehrb. §. 260. not. 5. (5te Aufl.)

b) wenn der Zeuge gegen den Verwandten, der ihn producirt hatte, aussagt;

c) wenn er beiden Theilen gleich nahe verwandt ist,

Arg. Fr. 67. §. 1. D. 23. 2.

A. M. ist jedoch: Reinhardt, Hdb. Bd. I. §. 168. not. 1. u. Linde, Lehrb. §. 260. not. 3. (5te Aufl.)

und endlich

d) wenn die Wahrheit des Verhältnisses wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit desselben nicht wohl durch andere, als verwandte Personen ausgemittelt werden kann, was namentlich vom Beweise der Verwandtschaft gilt.

c. 5. 22. X. 2. 20.

Die ersten drei Beschränkungen gelten auch in Beziehung auf solche Zeugen, welche wegen besonderer Freundschaft oder Neigung für eine Partei als verdächtig erscheinen.

3) Besonderes Pflichtverhältniß des Zeugen zu einer Partei, oder Abhängigkeit von derselben (jedoch auch wieder unter den sub Nr. 2. lit. a—c bemerkten Limitationen), weßhalb z. B. auch Dienstboten für ihre Herrschaft kein vollgültiges Zeugniß leisten können.

Fr. 6. D. 22. 5.
c. 24. X. 2. 20.
Glück a. a. O. S. 157. Nr. IV.

Die gewöhnliche Entbindung der in Dienstverhältnissen des Producenten stehenden Zeugen nach

c. 38. in f. X. 2. 20.

macht sie noch keineswegs vollkommen glaubwürdig; wohl aber läßt man sie dann als glaubwürdig gelten, wenn sie erst nach völliger Auflösung des Dienstverbandes vernommen werden.

4) Besondere Feindschaft und Abneigung gegen eine Partei,

Fr. 3. pr. D. 22. 5.
c. 17. C. 4. 20.
Nov. 90. c. 7.

ausgenommen, wenn der Zeuge von seinem Feinde selbst vorgeschlagen wird, oder wenn er zum Vortheile desselben aussagt.

5) Religionsverschiedenheit, insofern, als Juden und Ketzer gegen einen rechtgläubigen Christen kein gültges Zeugniß ablegen können,

c. 21. C. 1. 5.
c. 3. C. 1. 7.

Nov. 45. c. 1.
Cfr. c. 26. C. 2. qu. 7.
was aber umgekehrt nicht gilt.
c. 21. X. 2. 20.

Von dem Werthe mangelhafter Zeugen.

§. 247.

Ueber den Werth mangelhafter Zeugen sind im Allgemeinen folgende Grundsätze zu bemerken:

I. Ein unfähiger Zeuge (in dem §. 246 angeführten eigentlichen Sinne des Wortes) ist gänzlich unglaubwürdig, und soll daher gar nicht zur Vernehmung zugelassen werden.

II. Auch verdächtige Zeugen können dieses unter gewissen Umständen in einem so hohen Grade seyn, daß ihrer Aussage gar kein Glaube beigemessen wird. Auf jeden Fall aber haben ihre Aussagen nicht gleiche Beweiskraft, wie die der s.g. classischen oder exceptionsfreien Zeugen.

Die Entscheidung der Frage aber, ob einem verdächtigen Zeugen gar nicht, — oder wieviel ihm zu glauben sey, wenn er nicht als gänzlich unglaubwürdig erscheint, ist in der Regel dem jedesmaligen Ermessen des Richters überlassen.

Fr. 3. pr. §. 1. 2. Fr. 13. D. 22. 5.
J. R. A. §. 56.

Man hat zwar das freie arbitrium des Richters über die gänzliche Unglaubwürdigkeit bei solchen Zeugen für ausgeschlossen gehalten, bezüglich welcher schon in den Gesetzen die Ausdrücke gebraucht werden „non

admittantur“, oder „repellantur, respuantur, interdicitur, ne liceret“, weil, wenn der Richter ihren Aussagen auch nur einigen Werth beilegen dürfte, die Zulassung (admissio) zum Verhöre nicht untersagt seyn könnte. Allein die angeführten, oder im Wesentlichen gleichbedeutende Ausdrücke kommen bei allen im vorigen Paragraphen aufgezählten Kategorien verdächtiger Zeugen vor. Ja im Fr. 3. pr. D. 22. 5. wird sogar ganz allgemein bemerkt „si ***careat*** suspicione testimonium, ***admittendus*** est testis“ — woraus (nach jenem Argumente) strenge genommen folgen würde, daß jeder verdächtige Zeuge völlig unglaubwürdig sey.

Dieses Resultat würde aber nicht nur dem heutigen Gerichtsgebrauche, sondern auch dem Röm. Rechte selbst widersprechen, indem in mehreren Stellen desselben zu verstehen gegeben wird, daß doch auch einem nicht gänzlich verdachtfreien Zeugnisse wenigstens einiger Werth beigelegt werden dürfe, z. B. in Fr. 3. §. 1. D. 22. 5. „***quanta*** fides habenda sit“. — Die angeführten Ausdrücke sind daher nicht so strenge zu nehmen, sondern haben im Allgemeinen wohl nur den Sinn, daß die Aussagen gewisser Personen nicht als vollgültige Zeugnisse zuzulassen seyen.

Indessen gibt es doch allerdings einige Fälle, in welchen der Richter aus anderen — inneren oder äußeren Gründen der Aussage eines verdächtigen Zeugen gar keinen Glauben beimessen, und daher denselben, — wenn anders der Grund schon vor dem Verhöre vollkommen gewiß ist, — selbst die Zulassung zum Verhöre verweigern darf. Dahin gehört

1) namentlich der Fall, wenn jemand in einer Sache als Zeuge vorgeschlagen wurde, in welcher es ihm aus

höheren Rücksichten untersagt ist, ein Zeugniß abzulegen (s. oben §. 244. S. 795);

2) wenn der vorgeschlagene Zeuge aus irgend einem Grunde unfähig ist, den vorgeschriebenen Zeugeneid zu leisten, indem ein unbeschworenes Zeugniß überhaupt keinen Glauben genießt;

3) wenn der Zeuge selbst bei dem Ausgange des Processes interessirt ist.

In den übrigen Fällen steht es dem Richter frei, nach reifer Erwägung aller Umstände entweder der Aussage eines verdächtigen Zeugen allen Glauben zu versagen, oder das Gewicht der verminderten Glaubwürdigkeit selbst zu bestimmen.

Vgl. Wetzell, Syst. I. §. 23.

Gesterding, Nachf. I. S. 191 flg.

III. Hinsichtlich der Frage, ob der Richter die Gründe gegen die Zulässigkeit oder Glaubwürdigkeit eines Zeugen auch von Amtswegen berücksichtigen dürfe, oder nur in Folge einer von dem Gegner des Beweisführers deßhalb erhobenen Einwendung, — sind folgende Sätze zu bemerken:

1) Vollkommen unfähige Zeugen im eigentlichen Sinne des Wortes (testes *naturaliter* inhabiles, wie man sie auch genannt hat) hat der Richter in jedem Falle zurückzuweisen, auch wenn von dem Gegner kein Antrag darauf gestellt wurde, insofern die Unfähigkeit nach dem Inhalte der Acten gewiß ist.

Dasselbe gilt

2) unter gleicher Voraussetzung auch von solchen Personen, welche sich durch die Ableistung des von ihnen verlangten Zeugnisses einer amtlichen Pflichtverletzung schuldig machen würden, z. B. Beichtväter; oder welche

3) aus irgend einem Grunde unfähig sind, den vorgeschriebenen Zeugeneid zu leisten, z. B. Unmündige.

Auch ist

4) die Berücksichtigung solcher Verdachtsgründe, welche sich aus dem Inhalte der Aussage selbst, oder aus dem persönlichen Benehmen des Zeugen bei der Deposition ergeben, von einer ausdrücklichen Anregung derselben durch die Gegenpartei unabhängig.

In den übrigen Fällen aber bleibt der Verdachtsgrund von Seite des Richters unberücksichtiget, wenn ihn die Gegenpartei, obgleich er ihr bekannt war, doch durch keine darauf gerichtete Einrede geltend machte, weil in Privatrechtsangelegenheiten der Betheiligte sein persönliches Vertrauen auf eigene Gefahr nach Belieben ausdehnen kann. Auch wird diese Ansicht unterstützt durch die Bestimmungen in

c. 17. C. 4. 20. und
c. 31. X. 2. 20.

Wenn übrigens die Gegenpartei wirklich eine Einrede gegen die Glaubwürdigkeit eines Zeugen vorbringt, so liegt ihr auch ob, den Grund derselben nöthigen Falles zu beweisen.

c. 17. C. 4. 20.

Um Stoff zu solchen Einreden zu erhalten, kann jedoch der Product den Richter ersuchen, die Zeugen über die in dieser Beziehung in Betracht kommenden Eigenschaften und Verhältnisse zu befragen (interrogatoria generalia). Das Nähere sowohl über diese Fragstücke, als über die Zeit des Vorbringens der Einreden selbst, wird später in der Darstellung des Verfahrens vorkommen.

Vgl. über das Ganze;
Mev. dec. VII. 75.

Lauterbach, Coll. XXII. 5. §. 37.
v. Gönner, Hdb. I. 10. §. 25.
Schmid, Hdb. II. S. 243. not. 27.
Wetzell, Syst. I. S. 131 u. 132.

IV. Die nicht selten vorkommende Behauptung, daß auch sonst unglaubwürdige Zeugen, — wenn ihnen nur die Wahrnehmungs- und Mittheilungsfähigkeit nicht schlechthin abzusprechen ist, — jedesmal zugelassen werden und vollen Glauben genießen sollen, wenn die Wahrheit auf andere Art nicht ausgemittelt werden kann, ist gewiß falsch.

(Reinhardt, Hdb. I. S. 334.)

Denn

a) im Fr. 7. D. 22. 5. u. Fr. 9. D. 48. 18. ist nur von servis die Rede, und der Grund weßhalb ein Sklave in der Regel vom gerichtlichen Zeugnisse ausgeschlossen war, trifft keineswegs auch bei den übrigen untüchtigen Zeugen zu. Dazu kommt noch daß es nach Fr. 1. §. 1. D. 48. 18. scheint, als hätte die Aussage der Sklaven nur zur Ergänzung eines ohnehin schon vorhandenen, nur nicht ganz vollständigen Beweises dienen können.

Noodt, Probab. I. 13. in f.

b) c. 8. §. 6. C. 5. 17. spricht ebenfalls nur von servis domesticis, welche in causis repudii, namentlich über gegenseitige Mißhandlungen der Eheleute verhört werden sollen, weil solche häusliche Vorfälle nicht leicht durch auswärtige Zeugen erwiesen werden könnten, aber auch nur mit dem Beisatze: „ut veritas liquidius detegatur."

Endlich

c) das canonische Recht bestimmt nur, daß die nächsten Verwandten über die Consanguinität in cau-

sis matrimon. ein gültiges Zeugniß sollen leisten können.

c. 3. X. 4. 18.

Will man nun diese Vorschriften nicht geradezu auf die darin angeführten singulären Fälle beschränken, so kann man doch auf keinen Fall einen allgemeineren Satz daraus ableiten, als daß der Richter bei solchen Angelegenheiten, welche schon ihrer Natur nach nicht wohl durch andere Zeugen erwiesen werden können, auch sonst unglaubwürdige zulassen dürfe, wobei es aber immer noch von ihm abhängt, zu bestimmen, ob und wie viel ihnen zu glauben sey.

Linde, Lehrb. §. 260. not. 3. (5te Aufl.)

Nur den Verwandten in dem Falle sub lit. c. kann das Verwandtschaftsverhältniß allein, in Ansehung ihrer Glaubwürdigkeit nie schaden.

V. Eine Verordnung von Justinian enthält endlich noch die besondere Vorschrift, daß man gegen die persönliche Glaubwürdigkeit solcher Zeugen, deren man sich in einem früheren Processe bereits selbst schon bedient hatte, wenn sie nun von einem Gegner producirt würden, nichts sollte einwenden dürfen, ausgenommen man könnte Bestechung oder eine erst später entstandene Feindschaft nachweisen.

c. 17. C. 4. 20.

S. darüber: Glück, Comm. Bd. XXII. S. 225 flg.

Allein diese Vorschrift, gegen welche sich in dieser Allgemeinheit gegründete Bedenklichkeiten machen lassen, wird bei unsern Gerichten nicht strenge beobachtet.

II. Von dem richterlichen Augenscheine.

§. 248.

Unter Augenschein (inspectio ocularis) versteht man überhaupt die Ueberzeugung des Richters durch eigene sinnliche Wahrnehmung, und zwar ohne Rücksicht darauf, durch welchen Sinn die Wahrnehmung geschehen muß; denn die Benennung ist nur a potiori hergenommen. (Daß eine sichere richterliche Wahrnehmung durch den Sinn des Gehörs allemal der Zuziehung von Kunstverständigen bedürfen soll [Mühlenbruch, Grundr. §. 452. S. 199.], ist nicht richtig. S. Dr. W. H. Puchta in der Zeitschr. für Civilr. u. Proc. III. Bd. S. 35). — An überzeugender Kraft geht der Augenschein allen andern Beweisen vor, welche mit ihm concurriren können, namentlich dem Urkunden- und Zeugenbeweise; denn er verschafft dem Richter unmittelbare Gewißheit, andere Beweise nur mittelbare. Eben deßhalb schließt er auch jeden Gegenbeweis aus, der nicht auf Unförmlichkeit der Augenscheinshandlung selbst, oder auf eine unvollständige oder unrichtige Auffassung des Gegenstandes gerichtet ist. — Dagegen ist er aber freilich nicht in so vielen Fällen anwendbar, wie andere Beweise; denn er kann schon seinem Begriffe nach nur dann vorkommen, wenn die zu beweisende Thatsache noch zu der Zeit, wo der Richter davon überzeugt werden soll, existirt. In Bezug auf vergangene Thatsachen kann er nie als unmittelbarer, sondern nur als mittelbarer Beweis gebraucht werden, und in diesem Falle beschränkt sich seine eigenthümliche überzeugende Kraft nur auf das wirklich Wahrgenommene; die Ueberzeugung von der eigentlich zu erweisenden Thatsache hängt aber von dem

Verhältnisse ab, in welchem diese Thatsache zu jener Wahrnehmung steht; mit andern Worten: bei factis praeteritis kann der Augenschein nur zur Begründung einer Schlußfolgerung, eines künstlichen Beweises benützt werden. Aber auch bei noch permanenten, sinnlich wahrnehmbaren Verhältnissen hat der Augenschein die ihm beigelegte Wirkung nur unter folgenden Voraussetzungen:

1) Der Richter muß die Augenscheinshandlung *selbst* und zwar

2) in der Eigenschaft *als Richter* vorgenommen haben; denn sonst ist nur ein Zeugenbeweis vorhanden;

3) das Resultat der Besichtigung muß mit dem Beweisthema vollkommen übereinstimmen;

4) es darf an den wesentlichen Erfordernissen des dabei vorgeschriebenen Verfahrens nichts fehlen, und endlich

5) muß der Gegenstand so beschaffen seyn, daß der Richter auch ohne Beihülfe von Kunstverständigen die Merkmale, worauf es ankommt, richtig auffassen und bezeichnen kann; denn sonst ist nicht mehr reiner Augenscheinbeweis vorhanden.

Ob der Richter einen Augenschein auch unaufgefordert, von Amtswegen vornehmen könne, und ob daher die Parteien — wenn sie darauf antragen wollen — mit diesem Antrage an die peremtorische Beweisfrist gebunden seyen oder nicht, ist eine auch in der neuesten Zeit noch bestrittene Frage. Die Gesetze berühren dieselbe gar nicht, sowie überhaupt Alles, was in denselben über den Augenschein vorkommt, in der That kaum der Anführung werth ist.

Vgl. z. B. Fr. 8. §. 1. D. 10. 1.

c. 3. C. 3. 39. §. 9. I. 3. 6.

Fr. 32. D. 4. 4.

c. 15. X. 2. 13. („per evidentiam facti“).

Richtiger scheint es zu seyn, die Vornahme des Augenscheins in der Regel von dem Antrage der Parteien abhängig zu machen, also auch die Zulässigkeit dieses Antrages auf die peremtorische Beweisfrist zu beschränken, wenn nicht entweder

a) der Richter eines Augenscheines bedarf, um sich von dem Objecte, welches die Parteien in ihren Vorträgen nicht anschaulich genug beschrieben haben, eine klare Vorstellung zu verschaffen, was namentlich bei Gränz-, Baustreitigkeiten u. dgl. sehr oft der Fall seyn wird;

Gensler im Arch. I. S. 39. not. *

oder wenn nicht

b) das zu besichtigende Object ohnehin schon dem Richter vorgelegt worden ist, in welchem Falle die Vorlage als stillschweigende Aufforderung zum Besichtigen betrachtet werden muß.

Daß der Richter auch außer diesen zwei Fällen den Augenschein zu jeder Zeit im Processe ex officio vornehmen dürfe, wie Mehrere wollen, z. B.

v. Gönner, Hdb. II. 44. §. 4.
v. Grolman §. 806.

dürfte mit der Verhandlungsmaxime kaum vereinbar seyn.

Selbst die von Martin §. 216. not. e. zu Hülfe genommene Fiction der Gegenwart des Streitobjects in loco judicii scheint jetzt nicht mehr anwendbar zu seyn.

Vgl. Mühlenbruch, Grdr. §. 452. S. 199.
Dr. W. H. Puchta a. a. O. S. 37.
Linde, Lehrb. §. 292 u. 93. (5te Aufl.)

III. Von dem Beweise durch Kunstverständige.

§. 249.

Nicht immer ist der Richter im Stande, mit den gewöhnlichen Kenntnissen und Erfahrungen, welche ihm außer der Rechtskenntniß zugemuthet werden können, die bei dem Augenscheine wahrgenommenen Merkmale des Gegenstandes bestimmt zu bezeichnen. Auch hängt sehr oft die Entscheidung der Sache von einer Frage ab, zu deren Lösung besondere Erfahrung, oder der Besitz einer eigenen Kunst oder Wissenschaft vorausgesetzt wird. — In beiden Fällen müssen nun Dritte, mit den erforderliche Kenntnissen versehene Personen beigezogen werden, welche entweder dem Richter Worte oder Zeichen leihen, um das Wahrgenommene kunstgemäß auszudrücken und darzustellen, oder welche über die außer dem Kreise seiner Einsichten liegenden Vorfragen ein Urtheil oder Gutachten abgeben. Solche Personen nennt man Kunst- oder Sachverständige (artis periti, experti), und zwar im ersten Falle wahrnehmende (besser vielleicht darstellende), im zweiten urtheilende.

Vgl. v. Grolman §. 84.
v. Gönner, Hdb. II. Abh. 44. §. 2.
Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. II. S. 119 flg.
Dr. W. H. Puchta in der Zeitschr. von Linde und Marezoll Bd. III. S. 54 flg.
K. A. F. Seeger, das Verfahren mit Sachverständigen. Stuttgart 1841.

Die Kunstverständigen der ersten Art haben mehr Aehnlichkeit mit den Zeugen, als die der letzteren, deren Geschäft darin besteht, gegebene Merkmale oder Verhältnisse unter die allgemeinen Regeln ihrer Kunst oder Wissenschaft zu subsumiren, und daraus Schlüsse zu ziehen;

ein Geschäft, welches, — abgesehen von dem Inhalte jener allgemeinen Regeln, — vollkommen mit dem des Richters übereinstimmt, weßhalb sie auch wohl judices facti genannt worden sind. Eine völlige Uebereinstimmung findet indessen zwischen darstellenden Kunstverständigen und Zeugen auch nicht statt, weil bei jenen der Richter gewöhnlich mitwahrnimmt, was bei diesen nie der Fall ist.

Vgl. Walther im Arch. f. civ. Prax. XXVI. §. 12. S. 255 flg.

Aber Das kann allerdings vorkommen, daß dieselbe Person zugleich als Zeuge und als Sachverständiger (selbst als urtheilender) zu benützen ist. Vergl. hierüber die trefflichen Bemerkungen von Dr. W. H. Puchta a. a. O. S. 57—60. P. G. O. Art. 147, und Linde, Lehrbuch §. 296. not. 1. (5te Aufl.) Die wesentlichen Erfordernisse dieser Beweisart, und zwar vorzugsweise durch urtheilende art. perit., sind folgende:

1) darf ihnen nichts entgegenstehen, was sie als Zeugen untüchtig oder verdächtig machen würde. Ja, weil ein Kunstverständiger in der Regel leichter durch einen Andern ersetzt werden kann, als ein Zeuge, so wirken hier oft schon bloße Verdachtsgründe als Verwerfungsgründe.

Puchta a. a. O. S. 61. Nr. 3.
Seeger a. a. O. S. 66.

2) Ueber die erforderliche Anzahl von Kunstverständigen findet sich in den Quellen des gemeinen Rechtes keine allgemeine Bestimmung. Vgl. z. B. Fr. 1. pr. D. 25. 4. — c. 2. C. 10. 1. — Nov. 7. c. 3. — c. 14. X. 2. 19. — c. 6. X. 4. 15. — c. 18. X. 5. 12. (in welchen Stellen von einer Mehrheit von Sachverständigen die Rede ist); dagegen aber: Fr. 1. §. 25. D. 37. 9. — Fr. 5. §. pen. D. 25. 3. — c. 3. C. 3. 39. — c. 9. X. 2. 26. (wo nur von Einem gesprochen wird). So viel ist indessen

gewiß, daß nach Umständen auch das Gutachten eines einzigen Experten hinreichen kann, zumal wenn er in dieser Eigenschaft öffentlich angestellt ist.

arg. Nov. 7. c. 3. „aut etiam *uno*“ etc.

Puchta a. a. O. S. 64.

Seeger a. a. O. S. 67 flg.

Walther a. a. O. S. 260 flg.

3) Auf eigene sinnliche Wahrnehmung des Gegenstandes, worüber sich die Kunstverständigen äußern sollen, kommt es hier nicht so unbedingt an, wie bei Zeugen. Bei bloß darstellenden Kunstverständigen ist freilich die Selbstbesichtigung unentbehrlich, und auch den urtheilenden soll immer Gelegenheit dazu gegeben werden, wenn es anders möglich ist. Ist dieses aber unmöglich, so wird dadurch der Gebrauch von Kunstverständigen nicht schlechthin ausgeschlossen, sondern es kann denselben auch die auf legalem Wege (z. B. durch richterlichen Augenschein, durch Zeugenaussagen u. dgl.) zu den Acten gekommene Beschreibung des Gegenstandes oder der Thatsachen, auf welche es bei ihrem Gutachten ankommt, mit der geeigneten Instruction zur Beurtheilung vorgelegt werden. Puchta a. a. O. S. 59 und S. 60 D. — Dagegen muß sich aber Jeder, der mit Erfolg als artis peritus im Civilprocesse auftreten will, über den Besitz der erforderlichen Kenntnisse legitimiren können, oder in solchen Fällen, wo eine förmliche Nachweisung der erlangten Meisterschaft nicht gebräuchlich ist, von den Parteien, oder, wenn sich diese nicht darüber vereinigen können, von dem Richter als gehörig befähiget anerkannt werden. Daß er die in Frage stehende Kunst gewerbsmäßig oder in Folge öffentlicher Concession ausübe, ist jedoch keineswegs schlechthin nothwendig.

Seeger a. a. O. S. 64.

Der Richter selbst kann übrigens die Stelle der Sachverständigen auch dann nicht ersetzen, wenn er sich zufällig in dem Besitze der nöthigen Fachbildung befinden sollte.

Walther a. a. O. §. 11. S. 255.

4) Sachverständige, wenn sie nicht zugleich ein Zeugniß leisten, sondern bloß ein Gutachten abgeben sollen, können hiezu nicht gezwungen werden, insofern sie nicht kraft ihres Amtes dazu verpflichtet sind.

Puchta a. a. O. S. 61. Nr. 2.

Vgl. jedoch Seeger a. a. O. S. 76. Nr. 3. und Walther §. 15. S. 262.

5) Wenn mehrere urtheilende Kunstverständige beigezogen worden sind, und diese in ihren Ansichten nicht übereinstimmen, so können nicht die Grundsätze zur Anwendung gebracht werden, welche im Falle widersprechender Zeugenaussagen gelten, sondern es ist zu unterscheiden zwischen Schätzungen (Taxationen) und Gutachten anderer Art. — Bei Schätzungen wird immer der Mittelpreis angenommen, welchen man dadurch findet, daß man die verschiedenen Werthsangaben zusammenrechnet, und die Summe durch die Zahl der Schätzer dividirt.

Schneider, vom rechtl. Beweis §. 189.

Vgl. Claproth, ord. Pr. §. 311.

Puchta a. a. O. S. 65.

Walther §. 24. S. 292.

Hinsichtlich einer Collision von Gutachten anderer Art sind aber die Meinungen verschieden. — Einige lassen die Stimmenmehrheit entscheiden.

Vorzügl. v. Gönner, Hdb. II. 45. §. 14 flg.

Andere geben aber ohne Rücksicht auf die Stimmenzahl demjenigen Gutachten den Vorzug, welches durch die besten Gründe unterstützt ist. Die Anhänger dieser zweiten Meinung theilen sich übrigens wieder in zwei

Classen, indem sie entweder zur Prüfung der Gründe (welche, ausgenommen bei bloßen Schätzungen, immer angegeben werden müssen, Walther §. 19) die Beiziehung anderer Sachverständigen für nothwendig halten, wie z. B.

Martin, §. 218. not. i.

Walther §. 22, besonders S. 287.

oder die Prüfung dem Richter selbst überlassen.

Danz, ord. Pr. §. 356. not. b.

Diese letzte Ansicht ist nun wohl auf keinen Fall zu billigen, weil sie bei dem Richter Kenntnisse voraussetzt, deren Mangel gerade die Beiziehung von Sachverständigen nothwendig machte. Von den beiden andern Meinungen scheint aber ungeachtet aller dagegen gemachten Einwendungen

S. Mittermaier im Arch. II. S. 137 flg.

Linde, Lehrb. §. 270. not. 5 a. E.

Walther S. 285 flg.

doch noch immer die erste, welche auf Stimmenmehrheit Rücksicht nimmt, am meisten für sich zu haben, indem nicht nur die Aehnlichkeit des Geschäftes der Kunstverständigen mit der Function mehrerer Richter oder Schiedsrichter dafür spricht (Fr. 17. §. ult. Fr. 18. Fr. 27. §. 3. D. 4. 8.), sondern auch das Argument aus Fr. 1. pr. D. 25. 4. durch die dagegen erhobenen Bedenklichkeiten keineswegs entkräftet ist. Daß das Princip der Stimmenmehrheit zu gefährlich sey, ließe sich nur dann behaupten, wenn man ein auf Stimmenmehrheit beruhendes Gutachten für die Parteien als schlechthin unanfechtbar gelten lassen wollte. Nur im Falle einer Stimmengleichheit muß man zugeben, daß der Richter einen anderen Kunstverständigen, oder ein Collegium zuzuziehen berechtigt ist.

Vgl. Puchta a. a. O. S. 66 flg.

Hat übrigens jeder Sachverständige sein Gutachten abgesondert abgegeben, so kann nicht selten eine Vereinigung, oder wenigstens eine Stimmenmehrheit auch dadurch bewirkt werden, daß man einen Zusammentritt derselben zum Behufe wechselseitiger Erklärung und Berathung veranlaßt.

Seeger a. a. O. S. 97. Nr. 2. und überhaupt S. 93—101, wo indessen die vorstehende Frage zum Theile auf andere Art, als hier, beantwortet ist.

6) Die Beeidigung ist bei Kunstverständigen eben so wesentlich, wie bei Zeugen, wenn sie nicht etwa schon ein für allemal zu diesen Geschäften beeidigt sind.

c. 6. §. 1. C. 5. 9.

Nov. 7. c. 3. §. 2.

Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 134. not. 37., welcher auch bei angestellten Sachverständigen die specielle Beeidigung für nöthig hält.

Dagegen aber Seeger S. 71. flg.

Die Eidesformel kann aber freilich mit der bei Zeugen üblichen nicht ganz übereinstimmen.

S. E. G. O. 1555. I. 85.

Walther §. 16. S. 265 flg.

Auch ist gerichtliche Vernehmung nothwendig, wenn die Sachverständigen nicht in dieser Eigenschaft öffentlich angestellt sind, in welchem Falle auch außergerichtlich ausgestellte schriftliche Gutachten berücksichtigt zu werden pflegen.

Martin §. 219. not. c.

Dagegen ist es mehreren Sachverständigen erlaubt, sich sowohl unter einander, als auch mit den Parteien zu benehmen, und sie können sich zur Abgabe ihres Gutachtens eine Bedenkzeit erbitten.

Seeger a. a. O. S. 88.

Was die Frage betrifft, ob der Richter auch von Amtswegen beurtheilende Sachverständige beiziehen dürfe, so kann dieselbe in einem doppelten Sinne genommen werden, nämlich:

1) Muß der Richter doch noch auf Beweis erkennen, obwohl er sieht, daß die rechtliche Entscheidung der Sache nur von einem Gutachten abhängt, oder darf er ohne Beweisinterlocut sogleich die Beiziehung von Sachverständigen verfügen?

2) Wenn er wirklich auf Beweis erkannt, die Partei aber keine Sachverständigen vorgeschlagen hat, — darf der Richter doch noch nach dem Ablaufe der peremtorischen Frist solche beiziehen?

ad 1. Die Beantwortung der ersten Frage scheint davon abzuhängen, ob zu der Zeit, wo sonst auf Beweis erkannt zu werden pflegt, die factischen Momente, worauf die Sachverständigen ihr Gutachten stützen sollen, schon vollständig zu den Acten gebracht, und auch schon (z. B. durch Augenschein oder Geständniß) außer Zweifel gesetzt sind oder nicht. — In dem letzten Falle muß unstreitig noch auf Beweis erkannt werden; weil außerdem die Sachverständigen noch gar nicht informirt werden könnten. In dem ersten Falle aber ist ein Erkenntniß auf Beweis überflüssig, und es kann sogleich die Beiziehung von Sachverständigen verfügt werden.

ad 2. Wenn der Richter auf Beweis erkannt hat (z. B. daß der Testator nicht bei vollem Gebrauche der Vernunft gewesen u. dgl.), so ist es doch nicht schlechterdings nothwendig, daß die Partei den Beweis durch Benennung von Kunstverständigen antritt, sondern es genügt auch, denselben nur durch Zeugen, oder andere Beweismittel über solche Thatumstände anzutreten, aus welchen sich auf den zu beweisenden Satz schließen läßt.

Die Beiziehung von Sachverständigen, um durch sie aus den erwiesenen Prämissen Schlüsse ziehen zu lassen, kann der Richter auch später noch, zu jeder Zeit verfügen, sobald es ihm zweckmäßig oder nothwendig zu seyn scheint.

Die Rechtfertigung dieser Ansicht liegt in Folgendem. Die streitenden Theile sind nur verpflichtet, die factischen Momente vollständig darzulegen, welche auf die Beurtheilung der Sache Einfluß haben. Dieselben zu beurtheilen, und Schlüsse daraus zu ziehen, ist Sache des Richters, und seine geistige Thätigkeit kann weder von einer Aufforderung der Parteien abhängig, noch durch eine Frist beschränkt seyn. Der zufällige Umstand, daß zuweilen die gewöhnlichen Kenntnisse und Erfahrungen des Richters zu diesem Geschäfte nicht hinreichen, kann in der Sache nichts ändern, sondern, da ihm einmal das Geschäft der Beurtheilung obliegt, so ist es gewiß auch das Natürlichste, ihm da, wo er in dieser Hinsicht einer Nachhülfe bedarf, auch die Sorge hiefür zu überlassen.

Vergl. hierüber:

v. Gönner II. 45.
Heffter, Inst. S. 228.
Seeger a. a. O. S. 16 flg.
Gensler, Comm. II. S. 2.
Mittermaier im Arch. II. S. 121 flg.
Walther §. 9 u. 10.

In Zusammenhang mit der vorigen Frage steht eine andere, nämlich, wer die Kunstverständigen zu wählen hat? Betrachtet man sie bloß als Urtheilsgehülfen des Richters, so ist es wohl das Consequenteste, auch die Auswahl derselben dem Richter zu überlassen. Dafür sprechen auch folgende Stellen des Röm. und canon. Rechts:

Fr. 8. D. 10. 1.
Fr. 3. §. 4. D. 11. 6.

c. 3. C. 3. 39.

c. 9. X. 2. 26.

Nur hat der Richter die Gewählten noch vor der Vernehmung den streitenden Theilen anzuzeigen, damit sie ihre etwaigen Einwendungen dagegen vorbringen können.

Walther §. 13.

Allein die gewöhnliche Meinung, mit welcher auch die Praxis größtentheils übereinstimmt, räumt die Befugniß zur Auswahl der Sachverständigen aus Rücksicht auf

c. 6. §. 1. C. 5. 9.

beiden Parteien in der Art ein, daß der Product eben so viele, wie der Producent vorschlagen dürfe. Dagegen die Ansicht, daß auch der Richter eben so viele Sachverständige zu stellen habe, wie jede Partei, hat eine so allgemeine Anerkennung nicht für sich.

Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 126—131.

Dagegen Seeger a. a. O. S. 57 flg. bes. §. 58.

Was endlich die bindende Kraft eines in gehöriger Form eingeholten Gutachtens betrifft, so sind die Ansichten darüber schwankend und unbestimmt.

Wegen der Analogie der Function der Sachverständigen mit der des Richters und mit Beziehung auf Fr. 76—80. D. 17. 2., dann Fr. 30. D. 38. 1., hat man wohl den Parteien im Falle der Unzufriedenheit mit dem abgegebenen Gutachten die Anfechtung desselben in derselben Weise zugestehen wollen, wie es ihnen gestattet ist, richterliche Urtheile anzufechten.

v. Gönner, Hdb. II. Abh. 45. §. 12; dem auch der Verfasser gegenwärtiger Vorträge in den früheren Ausgaben beipflichtete.

Da jedoch die Gesetze kein Instanzen-Recht in Bezug auf die Gutachten der Sachverständigen kennen, — (die oben citirten Stellen handeln nur von der deductio ad

arbitrium boni viri) — und in den meisten Fällen nicht einmal die erforderliche äußere Einrichtung existirt, um diese Ansicht durchführen zu können; — so ist dieselbe wohl nicht zu billigen.

Schneider, Lehre vom rechtlichen Beweise §. 194 u. S. 485.

Martin, Lehrb. §. 222. not. b. (12te Aufl.)

Mittermaier a. a. O. S. 139.

Walther (§. 20) hält es nicht einmal für nothwendig, den Parteien das von officiell beigezogenen Sachverständigen abgegebene Gutachten mitzutheilen, was jedoch kaum zu billigen seyn dürfte, weil das Gutachten einen Theil der Entscheidungsgründe bildet.

Am meisten scheint es dem gemeinen Rechte zu entsprechen, wenn man in der Regel ein in gehöriger Form abgegebenes Gutachten für die Parteien als bindend erklärt (arg. 15. C. 4. 38.), und nur dann ausnahmsweise eine Revision des Gutachtens zuläßt, wenn es entweder undeutlich ist, oder wenn so erhebliche Bedenken gegen dessen innere Glaubwürdigkeit erhoben werden, daß sich der Richter selbst nicht bei demselben beruhigen zu können glaubt.

Schneider a. a. O.

Vgl. überhaupt noch Seeger S. 90 flg. u. S. 101.

Walther §. 21.

Ueber die Frage, inwiefern bei dem Beweise durch Sachverständige der Erfüllungs- oder Reinigungseid stattfinde, s.

Gensler, Comment. II. Bd. S. 8.

Seeger S. 108—114.

Die Lehre von den Kunstverständigen, so wie sie gegenwärtig vorgetragen wird, beruht übrigens größtentheils auf Doctrin und Gerichtsgebrauch. Nach Röm.

Rechte wurde in solchen Fällen, wo es auf besondere Kenntnisse ankam, gewöhnlich die Entscheidung der ganzen Sache einem arbiter oder artis peritus übertragen.

Vgl. z. B. über *agrimensores:*

Fr. 8. D. 10. 1.
Fr. 3. §. 4. D. 11. 6.
c. 3. C. 3. 39.
c. 9. X. 2. 26.

Ueber Schätzleute und *arbitri:*

c. 6. §. 1. C. 5. 9.
Fr. 5. §. pen. D. 25. 3.
Fr. 1. §. 25. D. 37. 9.
Fr. 9. 10. D. 2. 8.
Fr. 76. 78. 80. D. 17. 2.
Fr. 30. pr. D. 38. 1.
Fr. 2. D. 49. 2.

Ueber *inspectio ventris* insbesondere:

Fr. 1. pr. D. 25. 4.

Ueber die ärztliche Beurtheilung:

c. 18. X. 5. 12.
c. 4. 14. X. 2. 19.

Vgl. über diese Stellen Seeger a. a. O. S. 24—31.
Heffter, Inst. S. 225 flg.
Vorzüglich aber Walther im Arch. XXVI. S. 85 flg., wo auch eine dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre und eine sorgfältige Angabe der älteren und neueren Litteratur darüber zu finden ist.

IV. Vom Beweise durch Urkunden.

Begriff und Natur des Urkundenbeweises.

§. 250.

Wie der Römische Ausdruck *„instrumentum,"* wird auch das deutsche Wort „Urkunde" zuweilen in einem sehr ausgedehnten Sinne gebraucht. Unter „instrumentum" verstanden nämlich die Röm. Juristen „omne id quo causa instrui potest", also alle gewöhnlichen Beweismittel, selbst die Zeugen nicht ausgenommen.

Fr. 1. D. 22. 4.
Fr. 99. §. 2. D. 50. 16.
v. Glück, Comm. XXII. §. 1157.

In ähnlicher Weise versteht man auch unter „Urkunde" Alles, was den äußeren Sinnen des Richters Merkmale eines gewesenen, vorhandenen oder künftigen thatsächlichen Verhältnisses darbietet, gleichviel, ob der Gegenstand ein lebloses oder ein lebendes Wesen ist. In diesem weitesten Sinne wird z. B. auch das bei einem Verdächtigen gefundene Diebsinstrument, eine Wunde, ein Blutflecken, das kranke Pferd bei der Wandelklage u. dgl. als Urkunde betrachtet. Nur Zeugen werden gewöhnlich ausgeschlossen.

Gensler im Arch. f. civ. Prax. I. S. 55. und die dortselbst in der Note ** Angeführten.
v. Glück, Comm. XXII. §. 1157.

Im engeren Sinne versteht man aber unter Urkunden nur leblose, von Menschenhand verfertigte Gegenstände, welche entweder zur Erhaltung des Andenkens an irgend eine Begebenheit, oder zur Offenbarung eines Gedankens, oder eines bestimmten Willensactes entstanden sind. — In diesem Sinne kann man schriftliche und nichtschriftliche Urkunden unterscheiden,

zu welchen letzteren auch nichtbeschriebene Denkmäler (monumenta), z. B. Gränzsteine, Wappen, Zeichnungen und dergl. gehören.

Vgl. Heffter, Syst. §. 247.

In dem engsten Sinne endlich (und dieser wird in der gegenwärtigen Lehre immer vorausgesetzt) bezeichnet das Wort Urkunde eine Schrift, ohne Unterschied des Materials, auf welchem sie sich befindet (Pergament, Papier, Stein u. dgl.).

Da die Schrift entweder der unmittelbare, augenfällige und bleibende Ausdruck eines Willensactes, oder eines durch sinnliche Wahrnehmung veranlaßten geistigen Zustandes ist, so leuchtet von selbst ein, daß Urkunden zu allen Zeiten als vorzüglich geeignete Mittel betrachtet wurden, um die Wahrheit einer bestrittenen thatsächlichen Behauptung vor Gericht zu beweisen, und daß in gewissen Beziehungen der Urkundenbeweis selbst den Zeugenbeweis übertrifft. Denn, wenn auch der Zeugenbeweis eine größere Elasticität besitzt, insofern man durch geeignete Fragestellung auch über alle Nebenumstände der zu beweisenden Hauptthatsache die nöthigen Aufschlüsse erhalten kann, während die Urkunde nur eine Antwort zu geben vermag: so hat doch die Urkunde den Vorzug, daß sie jeden Zeugen überleben kann, und daß sich ihr Inhalt nicht verändert, während die Erinnerungen eines Menschen durch die Länge ihrer Dauer, oder durch Abnahme des Gedächtnisses geschwächt, durch mancherlei psychologische Einflüsse getrübt, und selbst durch äußere Einwirkungen leichter verfälscht werden können. Außer diesen inneren Vorzügen empfiehlt sich der Urkundenbeweis auch noch durch die regelmäßige Schnelligkeit des Verfahrens, welche in gleichem Grade bei dem Zeugenbeweise gar nicht möglich ist.

Verschiedene Arten von Urkunden.

§. 251.

Die wichtigste Eintheilung der Urkunden ist die in öffentliche und Privaturkunden. Diese Eintheilung bezieht sich aber nicht auf den Inhalt der Urkunde, worauf sie auch bezogen werden könnte,

Gesterding, Nachforsch. I. S. 225 flg.

sondern auf die Person des Ausstellers. Oeffentlich nennt man nämlich eine Urkunde dann, wenn sie von einer Behörde oder von einer solchen Person ausgestellt wurde, welche öffentlichen Glauben genießt, vorausgesetzt, daß der Gegenstand, über welchen die Urkunde ausgefertiget wurde, zu dem amtlichen Wirkungskreise des Ausstellers gehörte, und daß dieser auch in amtlicher Eigenschaft dabei thätig war. Oeffentliche Urkunden und gerichtliche Urkunden sind daher nicht gleichbedeutende Ausdrücke, sondern die ersteren bilden die Gattung; die letzteren sind nur eine einzelne Art dieser Gattung. Auch die Pfarrbücher und Pfarrmatrikeln über Geburten, Ehe- und Sterbefälle sind öffentliche Urkunden; nicht minder die Bücher und Kataster der öffentlichen Steuerämter; die in legaler Form ausgefertigten Zeugnisse öffentlicher Studienbehörden u. dgl. m. — Selbst die in gehöriger Form abgefaßten Notariatsurkunden werden jetzt den öffentlichen Urkunden beigezählt. Die bloße Aufbewahrung einer Urkunde in einem Archive macht sie aber noch keineswegs zu einer öffentlichen.

Vgl. hierüber im Allgemeinen:

J. H. Boehmer, J. E. P. lib. II. tit. 22. §. 2 sq.

F. Spangenberg, die Lehre von dem Urkundenbeweise u. s. w. Heidelberg 1827. Abth. I. S. 59.

Gesterding a. a. O. S. 223 flg.

Ueber den Ursprung und die Beweiskraft der Pfarrbücher insbesondere:

Uihlein im Arch. f. civ. Prax. XV. S. 26 flg.

Ueber die Notariatsurkunden:

Ferd. Oesterley, das deutsche Notariat. Hannover 1842. Thl. II. §. 29—89.

Ueber archivalische Urkunden,

Spangenberg a. a. O. Abth. I. S. 43 flg. und Abth. II. S. 40 flg.

Ueber Zunftbücher:

Gesterding a. a. O. S. 255 flg.

Ueber die Beweiskraft der Gutsrechnungen:

Chr. F. v. Wendt. Nürnberg 1835.

Alle nicht unter öffentlicher Autorität errichteten Urkunden sind Privatdocumente.

Außerdem unterscheidet man noch instrumenta quasi publica, worunter man solche Privaturkunden versteht, welche von drei unbescholtenen männlichen Zeugen mitunterzeichnet sind.

Vgl. c. 17. C. 4. 2.

c. 11. C. 8. 18.

Nov. 73 u. Nov. 90.

v. Glück, Comm. XXII. S. 28.

Jede Urkunde, sey sie nun eine öffentliche oder eine Privaturkunde, kann entweder das Original selbst (authentica scriptura, Urschrift) oder bloß eine Copie (exemplum, Abschrift) seyn.

Unter Original versteht man aber nicht bloß das erste in vollkommener Form vollzogene Exemplar einer Urkunde, sondern jedes Exemplar, bei dessen Abfassung der ursprüngliche Errichtungsact von denselben Hauptpersonen wiederholt worden ist. — Es können demnach

von derselben Urkunde auch mehrere Originalien vorhanden seyn. — Copieen dagegen sind bloße Nachbildungen eines Originals, ohne Wiederholung des ursprünglichen Errichtungsactes. Man unterscheidet zweierlei Arten derselben, einfache und beglaubigte. Beglaubigt nennt man sie dann, wenn die Abschrift von einer hiezu authorisirten Behörde oder Person mit dem Originale verglichen, und die Uebereinstimmung beider in gehöriger Form bestätigt worden ist (vidimus, copia fidemata); einfach (copia simplex, vaga), wenn diese Bestätigung mangelt.

S. Spangenberg a. a. O. S. 60 flg.

Beweiskraft der Urkunden.

§. 252.

Eine schriftliche Urkunde ist die äußere Form, durch welche irgend ein bestimmter Act des Denkvermögens, der Urtheilskraft, des Gefühles oder des Willens ihres Ausstellers unmittelbar, und zwar auf bleibende Art zur sinnlichen Wahrnehmung gebracht wird. Insofern also dieser Act selbst, und bloß dieser Act den Gegenstand des zu führenden Beweises bildet, hat die betreffende Urkunde (von absichtlicher Simulation und Verfälschung abgesehen) immer volle Beweiskraft. In den meisten Fällen besteht aber die Beweisauflage nicht darin, daß jener Act stattgefunden habe, sondern sie betrifft eine andere Thatsache, bezüglich welcher das in der Urkunde Ausgedrückte nur als einer der bisher angeführten Beweisgründe erscheint. In diesen Fällen muß sodann die Beweiskraft der Urkunde nach den allgemeinen Grund-

sätzen und Regeln beurtheilt werden, welche hinsichtlich der Erfordernisse und der Wirksamkeit des in ihr enthaltenen Beweisgrundes gelten. Hieraus ergeben sich für die verschiedenen möglichen Fälle folgende Resultate:

I. Die Urkunde enthält ein Zeugniß, d. h. der Aussteller derselben erzählt und bestätiget irgend einen geschichtlichen Vorgang, eine Handlung oder ein Ereigniß.

In diesem Falle kommt es darauf an, ob die Urkunde eine öffentliche, oder nur eine Privaturkunde ist. In dem ersten Falle liefert sie vollständigen Beweis, wenn die in derselben bestätigte Thatsache den Gegenstand der Beweisauflage bildet. Denn die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses einer öffentlichen Behörde, oder einer Amtsperson über solche Vorgänge, welche zu ihrem Wirkungskreise gehören, ist weder durch persönliche Vernehmung, noch durch specielle eidliche Bekräftigung der Aussage bedingt, und ebensowenig durch die übereinstimmende Aussage eines zweiten Mitzeugen. Nur muß die betreffende Urkunde in der vorgeschriebenen Form ausgefertiget seyn.

c. 7. X. 2. 19.
c. 11. X. 2. 23.
S. oben S. 797 u. 804 unt.

Auf diesen Grundsätzen beruht insbesondere die volle Beweiskraft der gerichtlichen Protokolle, welche nichts Anderes sind, als öffentliche schriftliche Zeugnisse.

Ist aber die Scriptur, welche ein Zeugniß enthält, nur eine Privaturkunde, so hat dieselbe in der Regel gar keine Beweiskraft. Denn rührt sie von einem Dritten her, welcher an dem Rechtsstreite keinen Theil nimmt, so fehlt, — auch abgesehen von dem Erfordernisse eines übereinstimmenden zweiten Mitzeugen, — die Form

der persönlichen gerichtlichen Vernehmung und die eidliche Bekräftigung, ohne welche ein bloßes Privatzeugniß überhaupt vor Gericht keinen Glauben genießt.

S. oben S. 803 u. 804.

Rührt aber die Urkunde von einem der streitenden Theile selbst her, so kommt es darauf an, ob das Zeugniß zum Vortheile des Ausstellers lautet, oder zu seinem Nachtheile. In dem ersten Falle hat es keine Beweiskraft, quia nullus idoneus testis in re sua intelligitur.

Fr. 10. D. 22. 5.
Nov. 48. c. 1. §. 1.
c. 5. 6. C. 4. 19.

Man pflegt Dieses durch die bekannte Regel auszudrücken: scriptura privata *pro* scribente non probat.

In dem zweiten Falle aber kann die Urkunde zwar Beweiskraft haben; allein sie enthält in diesem Falle nicht ein Zeugniß im eigentlichen Sinne, sondern ein Geständniß, und davon wird später besonders die Rede seyn.

Hinsichtlich der bisher vorgetragenen Grundsätze sind jedoch noch einige Modificationen zu bemerken, und zwar

A. in Bezug auf öffentliche schriftliche Zeugnisse.

a) Auch eine öffentliche Urkunde dieser Art beweist nur Das vollkommen, was der Aussteller derselben mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat. Ist ihm nur von einem Anderen etwas erzählt worden, so beweist die Urkunde nur die Thatsache des Erzählens vollständig, nicht auch die Wahrheit des Erzählten. Ob und in wie fern auch dem letzteren Glauben beizumessen sey, hängt davon ab, ob der Erzähler die Eigenschaften eines glaubwürdigen gerichtlichen Zeugen besaß, ob er in der für den Zeugenbeweis vorgeschriebenen Form vernommen und beeidigt wurde, ob er in derselben Streitsache, in

welcher die Urkunde producirt wird, als Zeuge vorgeschlagen war, oder bei einer andern Gelegenheit u. s. w.

b) Wenn über die Vornahme eines einseitigen oder zweiseitigen Rechtsgeschäftes dritter Personen, z. B. über eine letztwillige Verfügung, einen Vertrag u. dgl., eine öffentliche Urkunde errichtet wird, so beweist dieselbe nur die Thatsache der wirklich geschehenen Vornahme und des Inhaltes des darin bezeugten Geschäftes, keineswegs aber auch die Gültigkeit desselben, welche vielmehr nach den hierüber bestehenden civilrechtlichen Vorschriften zu beurtheilen ist. Die Existenz und den Inhalt des Geschäftes beweist aber die Urkunde nicht bloß unter denjenigen Personen, welche das Geschäft geschlossen haben, sondern auch dritten Personen gegenüber. Ob aber für die letzteren aus dem bewiesenen Geschäfte eine Verbindlichkeit entspringe oder nicht, ist nach der rechtlichen Natur dieses Geschäftes, und nach dem rechtlichen Verhältnisse der Dritten zu den Urhebern des Geschäftes zu bestimmen.

c) Gegen die Existenz und den Inhalt einer durch ein öffentliches schriftliches Zeugniß (z. B. durch ein gerichtliches Protokoll) bestätigten Thatsache ist ein Gegenbeweis nur in beschränktem Maße zulässig.

S. oben S. 397.

B. In Bezug auf schriftliche Privatzeugnisse.

a) Von der oben angeführten Regel: „scriptura privata pro scribente nihil probat“ wird in folgenden Fällen eine Ausnahme gemacht:

aa) wenn der Inhalt einer solchen Urkunde auch noch durch andere Wahrscheinlichkeitsgründe unterstützt wird, in welchem Falle sie nach richterlichem Ermessen wenigstens einigen Beweis liefern kann.

Fr. 26. §. 2. D. 16. 3.
c. 5. C. 4. 19.

bb) Bei Handelsbüchern, welche, wenn sie in gehöriger Form geführt sind, auch für den Kaufmann, wenigstens so viel beweisen, daß auf den Erfüllungseid erkannt werden darf.

Vergl. darüber:

Mittermaier, Grunds. des d. Privatrechts §. 485. Nr. 7, und §. 514 u. 515.

Wetzell, Syst. I. S. 139—142.

Außerdem wird

cc) gewöhnlich auch noch angenommen, daß, wenn eine für den Aussteller günstig lautende einseitige Privaturkunde von dem Gegner des Ausstellers selbst producirt werde, dieselbe in Folge der in der Selbstproduction enthaltenen stillschweigenden Anerkennung Beweiskraft erhalte.

Gensler im Archiv für civil. Praxis. II. S. 3. a. E.

Allein die zur Unterstützung dieser Ausnahme angeführten Gesetze

arg. c. 17. C. 4. 20. und
Nov. 49. c. 2. §. 1.

sprechen nur davon, daß Der, welcher selbst eine Urkunde producirt, durch diese Handlung in der Regel das Recht verliert, die Aechtheit der producirten Urkunde anzufechten. Die Anerkennung der Aechtheit involvirt aber nur das Geständniß, daß der Gegner die Urkunde wirklich geschrieben oder unterschrieben habe, keineswegs aber auch ein Geständniß der Wahrheit ihres Inhaltes.

Heise u. Cropp, Jurist. Abh. I. S. 113 flg.
Gerau in der Zeitschrift v. Linde u. Marezoll XX. I. S. 76 flg.

Da übrigens Niemand so thöricht seyn wird, eine Urkunde, welche bloß zum Vortheile seines Gegners lautet, selbst vor Gericht zu produciren, so hat die hier berührte Frage nur bei gemischten, d. h. bei solchen Urkunden ein praktisches Interesse, welche theils zum Nachtheile, theils zum Vortheile des Ausstellers lauten. Von solchen Urkunden wird aber später die Rede seyn.

Vgl. über sämmtliche hier angeführte Ausnahmen noch v. Spangenberg in Frhrn. v. Zu-Rhein, Jahrb. I. Bd. 1. Hft. S. 42 flg.

Fortsetzung.

§. 253.

II. Wenn die Urkunde ein Gutachten des Ausstellers enthält, so ist die Beweiskraft derselben nach den formellen Vorschriften über die Erfordernisse des Beweises durch Kunst- oder Sachverständige zu beurtheilen. Ein von einer Partei bloß außergerichtlich erholtes schriftliches Parere kann daher nie zur Herstellung eines vollständigen Beweises hinreichen, weil auch die Sachverständigen in der Regel gerichtlich und eidlich vernommen werden müssen.

S. oben S. 827.

III. Besondere Beachtung verdient der Fall, wenn die Urkunde ein Geständniß des Ausstellers selbst enthält.

A. Bei öffentlichen Urkunden wird dieser Fall selten vorkommen. Denn wenn eine Privatperson vor Gericht oder vor einer öffentlichen Behörde eine Thatsache eingeräumt hatte, welche später in einem Rechtsstreite gegen sie benützt werden kann, und wenn über

dieses Zugeständniß dazumal eine öffentliche Urkunde (ein Protokoll) errichtet wurde, so ist diese Urkunde nur eine Testimonialurkunde über die Thatsache des Gestehens, und daher nach den oben unter I. aufgestellten Grundsätzen zu beurtheilen. Das auf solche Art abgelegte Geständniß ist aber jedenfalls nicht ein gerichtliches im eigentlichen Sinne, sondern nur ein außergerichtliches, und die Beweiskraft desselben ist daher nach den früher hierüber vorgetragenen Regeln zu bestimmen.

S. oben S. 710 flg.

Möglich ist es jedoch allerdings, daß auch eine öffentliche Urkunde ein unmittelbares Geständniß des Ausstellers selbst enthält, z. B. wenn eine Regierungsbehörde in einem früheren amtlichen Erlasse an einen Privaten eine Thatsache eingeräumt hatte, — welche in einem zwischen dem Fiscal und diesem Privaten entstandenen Rechtsstreite gegen die vertretene Behörde geltend gemacht werden kann. Auch eine amtlich ausgefertigte Quittung des öffentlichen Steueramtes über eine geleistete Steuerzahlung kann als eine unmittelbare öffentliche Geständnißurkunde betrachtet werden.

Aber auch in diesen Fällen kann nach den früher vorgetragenen Grundsätzen nur von einem außergerichtlichen Geständnisse die Rede seyn, dessen Existenz zwar durch die Urkunde vollständig bewiesen wird, dessen Wirksamkeit und Beweiskraft aber von den allgemeinen Regeln über den Werth außergerichtlicher Geständnisse abhängt.

B. Enthält eine Privaturkunde ein Geständniß entweder der Gegenpartei im Processe selbst, oder eines Solchen, dessen Geständnisse die Gegenpartei anerkennen und gegen sich gelten lassen muß (z. B. ihres Erblassers), so beweist sie jedenfalls die Existenz des Geständnisses vollkommen (vorausgesetzt, daß die Aechtheit der Urkunde

außer Zweifel ist). Aber auch das urkundlich abgelegte Geständniß selbst, — obgleich nur ein außergerichtliches — hat (in der Regel wenigstens) volle Beweiskraft hinsichtlich der durch dasselbe eingeräumten Thatsache, weil in Erwägung der schriftlichen Ausfertigung sowohl, als der Ueberlieferung der Urkunde an Denjenigen, zu dessen Vortheil sie lautet, der animus confitendi rechtlich zu vermuthen ist. — (Scriptura contra scribentem probat.) Indessen ist doch der Gegenbeweis gegen die Wahrheit der eingestandenen Thatsache keineswegs ausgeschlossen.

Vgl. überhaupt oben S. 713.

IV. Wenn die Urkunde den unmittelbaren Ausdruck eines eigenen Willensactes des Ausstellers enthält, — wie Dieses z. B. der Fall ist bei Testamenten, Vertragsurkunden, Schuldbriefen u. dergl., so liefert dieselbe (ihre Aechtheit vorausgesetzt) vollen Beweis sowohl der Existenz, als des Inhalts der getroffenen Disposition. Denn eine Urkunde dieser Art (von Wetzell, Syst. I. S. 139. Nr. 1., passend dispositive Urkunden genannt) ist nicht ein bloßes Zeugniß über irgend eine Handlung, sondern unmittelbar die Handlung selbst, welche durch die Schrift sinnlich erkennbar, und in dieser Erkennbarkeit auf eine bleibende Art fixirt worden ist. So wenig an der Existenz und an dem Inhalte einer solchen Disposition zu zweifeln seyn würde, wenn der Disponent dieselbe mündlich in Beiseyn des Richters und des Gegners oder beider Parteien getroffen hätte; eben so wenig kann daran gezweifelt werden, wenn die darüber errichtete Urkunde vorgelegt wird. Der Einwurf, daß diese Ansicht gefährlich sey, weil die Urkunde auch in Folge eines simulirten Geschäftes entstanden seyn könnte, ist nicht von Erheblichkeit, indem er auf viele

Fälle gar nicht paßt, und da, wenn man demselben ein entscheidendes Gewicht beilegen wollte, auch einem öffentlichen schriftlichen Zeugnisse (z. B. einem Protokolle) über ein solches Geschäft die Beweiskraft abgesprochen werden müßte, was doch von keiner Seite geschieht. Auch steht es ja dem Probaten immerhin frei, wenn er von einer Simulation Kenntniß hat, diese zu beweisen, oder im Falle des Verdachts einer Gefährde den Calumnieneid zu fordern.

Aus dem angeführten Grunde beweisen übrigens dispositive Urkunden nicht bloß in dem Falle, wenn sie von den streitenden Theilen selbst, oder von einem derselben, sondern auch dann, wenn sie von einem Dritten herrühren, welcher bei dem Rechtsstreite nicht betheiligt ist. Denn nur die Beweiskraft eines bloßen Zeugnisses dritter Personen ist durch gerichtliche Vernehmung und eidliche Bekräftigung bedingt; die Urkunden der angeführten Art sind aber nicht Zeugnisse, sondern eigene Willenserklärungen ihres Ausstellers. Auch ist es gleichgültig, ob die Urkunde eine öffentliche oder eine Privaturkunde ist, wenn nur die Aechtheit der letzteren keinem Zweifel unterliegt. Denn die öffentliche Form macht zwar den Aechtheitsbeweis überflüssig; aber die Thatsache der Willenserklärung ist dabei keine andere, als bei einer Privaturkunde. — Oeffentliche Urkunden enthalten übrigens seltner eine eigene Willenserklärung des Ausstellers, sondern gewöhnlich nur ein schriftliches Zeugniß über die Willenserklärung anderer Personen, z. B. Protokolle über die vor Gericht geschlossenen Privatverträge, und sind daher gewöhnlich nach den unter I. angeführten Grundsätzen zu beurtheilen. Indessen gibt es doch allerdings auch öffentliche Urkunden, welche in die gegenwärtige Kategorie zu zählen sind,

z. B. Gesetze, amtliche Anordnungen, richterliche Decrete u. dgl.

Die Beweiskraft aller hieher gehörigen Urkunden beschränkt sich aber immer bloß auf die Thatsache der getroffenen Disposition und ihres Inhaltes. Die rechtliche Gültigkeit der Verfügung wird dadurch keineswegs außer Zweifel gesetzt, weßhalb auch dem Probaten namentlich der Beweis des Betruges, der Simulation u. dgl. immerhin offen bleibt.

Vergl. über das Ganze:

Gensler im Archiv für civil. Praxis. II. S. 4. lit. D. flg.

Wachenhusen ebendas. Bd. XIII. S. 130 flg., insbesondere S. 221 flg.

Gerau in der Zeitschrift von Linde und Marezoll. XX. S. 94 flg.

Wetzell, Syst. I. S. 138.

Anderer Meinung sind:

Bülow und Hagemann, Erört. I. Erört. 24. §. 4 und 5.

v. Spangenberg, die Lehre vom Urkundenbew. II. S. 28 und 30.

Fortsetzung.

§. 254.

In der bisherigen Darstellung wurde vorausgesetzt, daß der Inhalt einer zur Führung des Beweises benützten Urkunde einfach und gleichartig sey, z. B. daß sie nur ein Zeugniß, nur ein Geständniß, oder eine Behauptung zum eigenen Vortheil des Ausstellers u. s. w. enthalte. Der Inhalt einer Urkunde kann aber auch gemischt und

zusammengesetzt seyn, es kann z. B. in derselben neben einem Geständnisse des Ausstellers auch eine für ihn vortheilhafte Aeußerung vorkommen u. dgl. In Fällen dieser Art hat man im Allgemeinen die Regel zu beobachten, daß für jeden eigenthümlichen Bestandtheil der Urkunde die auf ihn passenden besonderen Grundsätze in Anwendung zu bringen sind, welche in den vorhergehenden Paragraphen aufgestellt wurden. Wenn also z. B. in einer dispositiven Privaturkunde eines Dritten außer der wirklichen Willenserklärung des Ausstellers auch noch eine Aeußerung vorkommt, welche nur als ein Zeugniß betrachtet werden kann, so hat die Urkunde rücksichtlich des bezeugten Umstandes keine volle Beweiskraft.

Gerau a. a. O. S. 100 flg.

Ebenso beschränkt sich die Beweiskraft einer von einer Partei ausgestellten einseitigen Privaturkunde, welche ein Geständniß, nebenher aber auch einen dem Aussteller günstigen Zusatz erhält, nur auf die eingestandene Thatsache allein. Wenn daher der Gegner des Ausstellers eine solche Urkunde producirt, um durch sie die eingestandene Thatsache zu beweisen, so kann er allerdings bei der Production gegen die Wahrheit des Zusatzes protestiren, deren Beweis sodann dem Gegner zur Last fällt. Zwar ist von mehreren Proceßlehrern unter Bezug auf Nov. 49. c. 2. §. 1. der Satz vertheidiget worden, daß der Producent einer solchen gemischten Urkunde sich durch den Act der Production zur Wahrheit ihres vollen Inhalts bekennen, und daher das für ihn Nützliche von dem Schädlichen nicht trennen dürfe. Allein die hiefür allegirte Nov. 49. c. 2. §. 1. legt der Production einer Urkunde nur die Wirkung bei, daß der Producent die Aechtheit derselben nicht mehr bestreiten könne.

S. oben §. 252. I. B. cc.

Nach allgemeinen processualischen Grundsätzen ist aber gegen diese Trennung umsoweniger etwas einzuwenden, als es, — wenn der Aussteller der Urkunde das darin enthaltene Geständniß jetzt mündlich ablegen, aber einen ihm günstigen Zusatz beifügen würde, — dem Gegner ohne Zweifel erlaubt wäre, das Geständniß anzunehmen, den Zusatz aber zu widersprechen. Auch würde die entgegengesetzte Ansicht leicht von dem Aussteller einer Urkunde über ein ihm nachtheiliges Verhältniß zur Gefährde seines Gegners mißbraucht werden können.

Vergl. über das Ganze:

Heise u. Cropp, Jurist. Abh. I. S. 113 flg.
Gerau a. a. O. S. 76—82.

Erfordernisse des Urkundenbeweises.

§. 255.

Auch in denjenigen Fällen, in welchen dem Bisherigen zufolge einer Urkunde Beweiskraft beigelegt werden kann, hat sie dieselbe doch nur unter folgenden Voraussetzungen:

I. Es muß die Aechtheit der Urkunde außer Zweifel gestellt, d. h. es muß gewiß seyn, daß sie wirklich von Demjenigen herrührt, welcher als der Aussteller derselben bezeichnet ist. Auf den Inhalt der Urkunde bezieht sich also der Begriff der Aechtheit nicht, und ebensowenig auf die äußere Form derselben. — Ueber die Art und Weise, wie die Aechtheit bei öffentlichen und bei Privaturkunden bewiesen wird, soll nachher in einem besonderen Abschnitte gehandelt werden.

II. Der Inhalt der Urkunde muß relevant seyn, d. h. er muß mit dem Satze übereinstimmen, welcher den Gegenstand der Beweisauflage bildet. — Ist Dieses zwar der Fall nicht, läßt sich aber doch aus Dem, was die Urkunde enthält, ein Schluß auf die Wahrheit der zu beweisenden Behauptung ableiten, so ist der Werth einer solchen Urkunde nach den Grundsätzen über den künstlichen Beweis zu beurtheilen. — Enthält die Urkunde weder unmittelbar, noch mittelbar Etwas, was zur Bestätigung des Beweissatzes dienen könnte, so beweist dieselbe, — auch wenn sie übrigens ächt und vollkommen fehlerfrei seyn sollte, gar nichts, so wenig als zwei, sonst classische Zeugen, welche jedoch von Dem, worüber sie aussagen sollen, nichts wissen.

Wenn sich die wirklich producirte Urkunde auf eine andere bezieht, so kommt es darauf an, ob die erstere (das s. g. documentum referens) in der Absicht abgefaßt wurde, ein den Inhalt der letzteren (des s. g. documentum relati) in dem erforderlichen Umfange beweisendes Document zu verfertigen; — oder ob die producirte Urkunde zu einem andern Zweck errichtet, und in derselben nur beiläufig einer anderen Urkunde Erwähnung gethan wurde. In dem letzten Falle gilt die Regel „referens sine relato non probat," d. h. um den Inhalt der angezogenen Urkunde zu beweisen, genügt die bloße Bezugnahme darauf in der producirten Urkunde nicht, sondern es muß das documentum relatum selbst vorgelegt werden. In dem ersten Falle hingegen ist jene Regel nicht anwendbar, so wie auch dann nicht, wenn die in Frage stehende Verpflichtung schon durch das docum. referens allein vollständig begründet und erwiesen würde, falls auch das Geschäft, worauf sich das docum. relatum bezieht, gar nicht vorausgegangen wäre.

Nov. 119. c. 3. und daraus: Authent.
„Si quis etc." C. 2. 1.

Vergleiche darüber:

Leyser, med. Spec. 264. med. 1. 2.

Wernher, Obs. IV. 187.

Heffter, Instit. S. 215.

und vorzüglich:

Heise u. Cropp, Jurist. Abhandl. II. S. 404 flg.

Auch versteht sich, was den Inhalt der Urkunde betrifft, von selbst, daß sich derselbe, — wenn die Urkunde vollkommenen Werth haben soll, nicht in wesentlichen Punkten widersprechen darf; so wie auch, daß er deutlich und bestimmt seyn muß.

c. 14. C. 4. 21.

c. 13. X. 2. 22.

Ueber Blanquete s. *Pufendorf*, obs. III. obs. 126.

Wetzell, Syst. I. S. 153. not. 87.

III. Es darf an den nothwendigen äußeren Förmlichkeiten der Urkunde nichts fehlen.

Die äußeren Formen hängen aber theils von der individuellen Beschaffenheit des beurkundeten Geschäftes ab, theils sind sie allgemeine.

Die ersteren lehrt die Theorie des Civilrechts. Hinsichtlich der letzteren sind aber öffentliche und Privaturkunden zu unterscheiden. — Bei öffentlichen Urkunden wird heutzutage wohl allenthalben die Unterschrift der ausstellenden Behörde und die Beidrückung des öffentlichen Siegels für nöthig erachtet.

Vergl. c. 2. X. 2. 22.

Gesterding, Nachforsch. I. S. 235.

Die Form der Notariatsurkunden richtet sich nach der Notariats-Ordnung vom Jahre 1512, insoweit dieselbe nicht durch Landesgesetze abgeändert worden ist.

Bei Privaturkunden ist jetzt wenigstens die Unterschrift des Ausstellers wesentlich; wenn aber derselbe schreibensunkundig ist, so wird die Unterschrift durch ein Handzeichen ersetzt.

S. Bopp in der Zeitschr. von Linde und Marezoll Bd. IV. S. 297 flg.

Oesterley, das deutsche Notar. II. S. 521.

Wetzell, I. S. 150. not. 74.

Bei der Beurtheilung alter Urkunden muß die Geschichte und Diplomatik zu Hülfe genommen werden. Sehr reichhaltige und genaue Aufschlüsse hierüber enthält das ausgezeichnete Werk von Ernst Spangenberg: die Lehre vom Urkundenbeweise in Bezug auf alte Urkunden 2te Abth. Heidelberg 1827.

Ueber Urkunden mit Interlineaturen und Zusätzen am Rande s. Heise und Cropp, Jurist. Abh. I. S. 104 flg.

IV. Die Urkunden, durch welche eine Partei den Beweis zu führen gedenkt, müssen im Original producirt werden. Einfache Abschriften haben gar keine Beweiskraft, und es kann dem Gegner des Beweisführers nicht einmal zugemuthet werden, sich über die Aechtheit solcher Abschriften zu erklären, weil diese Erklärung voraussetzt, daß dem Producten die eigenen Schriftzüge des angeblichen Ausstellers der Urkunde vor Augen gebracht werden.

c. 1. X. 2. 22.

„*ad exemplaria* nil facere possumus.“

In der Quelle dieser Decretale findet sich zwar anstatt des Wörtchens „*ad*“ der Ausdruck „aut,“ und diesemnach würden die Abschriften den Urschriften gleichgestellt seyn. Allein die Praxis hat der in den Ausgaben der Decretalen vorkommenden Lesart „ad“ den Vorzug gegeben.

Spangenberg, die Lehre vom Urkundenbeweis II. S. 11, und im Archiv für civil. Prax. II. S. 102 flg.

Wetzell, Syst. I. S. 154. not. 94.

Hinsichtlich der beglaubigten (vidimirten) Abschriften kommt es aber darauf an, ob das Original eine öffentliche oder nur eine Privaturkunde war. In dem ersten Falle läßt sich die Gleichstellung der Abschrift mit dem Originale aus guten Gründen vertheidigen, zumal in dem Falle, wenn dieselbe öffentliche Behörde, welche das Original ausgestellt hatte, auch den Beglaubigungsact vorgenommen hat. Vidimirte Abschriften von bloßen Privaturkunden werden aber wegen der Möglichkeit einer Täuschung der beglaubigenden Behörde über die Aechtheit des angeblichen Originals mit Recht den einfachen Copien gleichgestellt.

Nur dann, wenn bei dem Beglaubigungsacte auch der Product, gegen welchen jetzt die Abschrift gebraucht wird, zugegen gewesen wäre, und das Original als ächt anerkannt hätte, würde die beglaubigte Abschrift gegen ihn die Stelle des Originals vertreten.

S. oben §. 240.

Von der Aechtheit der Urkunden insbesondere.

§. 256.

Für die Aechtheit einer öffentlichen Urkunde spricht, wenn sich die äußeren Kennzeichen der legalen Ausfertigung (insbesondere das entsprechende Amtssiegel) an derselben vorfinden, und auch kein anderer Fehler den Verdacht der Unächtheit erregt, eine Rechtsvermuthung.

Weil nämlich die Form der Siegel öffentlicher Behörden notorisch ist, und der Gebrauch derselben einer Privatperson nicht nur rechtlich nicht gestattet, sondern auch durch die angeordnete sorgfältige Verwahrung besonders erschwert ist, so darf der Richter eine Urkunde, welche mit einem solchen Siegel versehen und auch sonst fehlerfrei ist, so lange als ächt gelten lassen, bis etwa das Gegentheil bewiesen wird.

Vgl. c. 2. X. 2. 22.

Gesterding, Nachforsch. I. S. 236 flg.

Wetzell, Syst. I. S. 149. not. 72.

Eine ausdrückliche Anerkennung der Aechtheit von Seite des Proceßgegners ist daher, — obgleich ihm die Urkunde zur Einsicht im Original vorgelegt werden muß, — ebensowenig nothwendig, als ein bloßer Widerspruch der Aechtheit (Diffession) von seiner Seite für den Producenten die Verbindlichkeit erzeugen kann, die Aechtheit der Urkunde durch die gewöhnlichen Mittel zu beweisen. Vielmehr muß der Gegner, wenn er ungeachtet der tadellosen äußeren Form die Urkunde für unächt erklärt, den Beweis der Verfälschung übernehmen, und dadurch die ihm entgegenstehende Rechtsvermuthung zu zerstören suchen.

Gensler im Arch. I. S. 60 flg.

Die Frage, ob diese Grundsätze auch auf ausländische öffentliche Urkunden anwendbar seyen oder nicht, ist mit Rücksicht auf die thatsächliche Notorietät der auswärtigen Formen und Siegel für den instruirenden inländischen Richter zu beantworten.

Ueber archivalische Urkunden s. Spangenberg a. a. O. II. S. 40 flg. und im Arch. f. civ. Prax. II. S. 87 flg.

Privaturkunden haben aber die Rechtsvermuthung der Aechtheit nicht für sich, weil die Schriftzüge und das Siegel einer Privatperson nicht notorisch sind. Wer sich also einer solchen Urkunde zum Beweise bedient, muß vor Allem den Richter von der Aechtheit derselben zu überzeugen suchen. Die Herstellung dieser Ueberzeugung wird nun zuerst immer dadurch versucht, daß man die Urkunde dem Producten gerichtlich vorlegt, und denselben auffordert, sich zu erklären, ob er sie recognoscire oder diffitire, d. h. ob er sie als ächt anerkenne oder nicht. In dem ersten Falle ist jeder weitere Aechtheitsbeweis von Seite des Producenten überflüssig. In dem zweiten Falle aber muß der Producent den Beweis der Aechtheit übernehmen, wenn er es nicht zu dem Diffessionseide kommen lassen will, durch welchen, wenn er wirklich geleistet wird, die Urkunde alle Beweiskraft verliert. Der Aechtheitsbeweis zur Abwendung des Diffessionseides kann übrigens durch alle gewöhnlichen Beweismittel geführt werden, namentlich durch Zeugen, welche gesehen haben, daß der Product die Urkunde schrieb oder unterschrieb; durch andere Urkunden, worin von dem Producten die Aechtheit der bestrittenen bereits anerkannt wurde (in welchem Falle aber freilich über die Aechtheit dieser Hülfsurkunden wieder ein Aechtheitsbeweis nöthig werden könnte, wenn sie auch nur documenta privata wären, und ebenfalls nicht recognoscirt würden), endlich durch die s. g. Schriftenvergleichung oder *comparatio literarum*.

Product = Der gegen welchen etwas producirt wird
Producent = wer etwas producirt

Von der Recognition insbesondere.

§. 257.

Unter Recognition versteht man die Anerkennung der Aechtheit einer Privaturkunde von Seite Desjenigen, gegen welchen sie producirt worden ist. Sie geschieht gewöhnlich ausdrücklich, — kann aber auch stillschweigend durch concludente Handlungen zu erkennen gegeben werden.

Gensler im Arch. I. S. 43. not. **.

Daß hiebei die anerkennende Erklärung auf den ganzen Contert des schriftlichen Aufsatzes ausgedehnt werde, ist nicht nothwendig, sondern, weil von Dem, der eine — wenn auch von fremder Hand geschriebene Urkunde unterzeichnet, anzunehmen ist, daß er sich hiedurch auch den Inhalt der Urkunde eigen mache (subscriptio tenet subscribentem), so genügt es, wenn der Product auch nur zugesteht, daß die Unterschrift von der Hand Dessenigen herrührt, der sich durch die Unterschrift selbst genannt hat. — Die Frage, ob nicht der Product ungeachtet der Recognition der Unterschrift doch gegen die Aechtheit des Inhaltes oder eines Theiles desselben protestiren könne, ist (unter Voraussetzung einer sonst unverdächtigen Form der Urkunde) insofern zu verneinen, als die einfache Protestation die Vermuthung nicht zu zerstören vermag, welche aus der Aechtheit der Unterschrift für die Aechtheit des Inhaltes entspringt. Wenn jedoch der Product bereit ist, eine Verfälschung des Inhaltes zu beweisen, oder darzuthun, daß mit einem Blanquet ein Mißbrauch gemacht worden sey, so wird er daran durch die Recognition der Unterschrift keineswegs gehindert.

Heffter, Syst. S. 303. not. 209.
Mühlenbruch, Entw. S. 167.
Schmid, Handb. II. S. 298. not. 16.
Wetzell, S. I. S. 153 oben.

Die innere Glaubwürdigkeit und beweisende Kraft der Urkunde wird jedoch durch die Recognition derselben in keiner Weise alterirt; d. h. eine Scriptur, welche gemäß den oben §. 252—254 vorgetragenen Grundsätzen keinen oder nur geringen Glauben verdient, gewinnt in dieser Beziehung durch den Umstand nichts, daß sie von dem Producten als ächt anerkannt wird. — Uebrigens kann in der Regel die Abgabe einer Erklärung über die Aechtheit einer zum Behufe einer Beweisführung producirten Privaturkunde ebensowenig verweigert werden, als die Antwort auf die Klage in dem ersten Verfahren. Ja der Ungehorsam hat in dieser Beziehung sogar eine nachtheiligere Folge, weil der Product zur Abgabe jener Erklärung unter der Androhung der Fiction eines Geständnisses (poena recogniti) aufgefordert werden darf. Nur dann kann diese Erklärung ohne Gefahr verweigert werden, wenn entweder anstatt des Originals nur eine Abschrift vorgelegt wurde (s. oben S. 851. Nr. IV.), oder wenn der Inhalt der Urkunde offenbar irrelevant oder für sich schon gänzlich und evident unglaubwürdig ist. — Hingegen der Umstand, daß die Urkunde statt einer förmlichen Unterschrift nur mit einem Handzeichen versehen ist, macht dieselbe der richtigeren Ansicht zufolge keineswegs irrecognoscibel.

Bopp, Zeitschr. für Civilr. u. Proc. IV. S. 297 flg.

Eine kategorische Erklärung über die Aechtheit der Urkunde kann übrigens von dem Producten nur in dem Falle gefordert werden, wenn er selbst als Urheber oder Miturheber derselben bezeichnet wird. In anderen

Fällen muß ihm auch gestattet werden, sich dahin zu erklären, daß er nicht wisse noch glaube, daß die Urkunde von dem angeblichen Urheber herrühre.

Von der Diffession.

§. 258.

Die Diffession besteht in der Erklärung des Producten, daß die vorgelegte Urkunde unächt sey, oder daß er sie wenigstens für unächt halte. Sie ist daher die Negation einer Thatsache, welche von dem Producenten, kraft der Benützung der Urkunde als Beweismittel, stillschweigend als wahr vorausgesetzt wird, und schiebt demnach, wie jeder Widerspruch einer selbständigen Angriffsbehauptung, die Beweislast auf den Gegner. Indessen ist doch in diesem Falle ein wesentlicher Unterschied zu bemerken. Während nämlich sonst der widersprechende Theil sofort gänzlich befreit wird, wenn der behauptende den ihm obliegenden Beweis nicht liefern kann oder will, ist hier der diffitirende Product verpflichtet, auch wenn der Producent keinen Aechtheitsbeweis versuchen sollte, seinen Widerspruch doch noch eidlich zu bekräftigen. — Diese Singularität erklärt sich historisch aus dem Umstande, daß man im Mittelalter theils wegen der geringeren Verbreitung der Schreibekunst, theils wegen der Strafbarkeit der Urkundenfälschung annehmen zu dürfen glaubte, auch bei Privaturkunden spreche wenigstens einige Vermuthung für deren Aechtheit, wenn diese auch noch durch keine anderweitigen Gründe hergestellt sey; — und daher — nach den allgemeinen Grundsätzen über die Anwendung des Reinigungseides — den

Producten jedenfalls für verpflichtet hielt, sich durch die eidliche Bekräftigung seines Widerspruches von dem ihm entgegenstehenden Verdachte zu reinigen.

Ortloff in s. jurist. Abh. u. Rechtsfällen. Jena 1847. I. S. 90 flg.

Wetzell, Syst. I. S. 151 u. 152, bes. not. 86.

In seiner heutigen Gestalt ist dieser sogenannte Diffessionseid weder dem Röm. Rechte, noch einer anderen gesetzlichen Quelle des gemeinen Proceßrechtes bekannt, sondern nur als ein Gebilde des Gerichtsgebrauches zu betrachten, welches jedoch schon längst allenthalben Eingang und Aufnahme gefunden hat.

Die Formel, nach welcher dieser Eid geleistet wird, ist verschieden, je nachdem die diffitirte Urkunde dem Diffitenten selbst, oder einem Dritten als Urheber zugeschrieben wird. In dem letzten Falle hat der Product nur sein „Nichtwissen und Nichtglauben" zu beschwören, während er in dem ersten Falle eidlich zu versichern hat, daß er die bestrittene Urkunde weder selbst geschrieben oder unterschrieben habe, noch durch einen Andern für sich habe schreiben oder unterschreiben lassen.

Ueber die rechtliche Natur des heutigen Diffessionseides sind in Folge der Zweideutigkeit seines Ursprunges die Meinungen getheilt.

Einige halten ihn für einen speciellen Calumnieneid, z. B.

Martin, Lehrb. (12te Aufl.) §. 207. not. e. und §. 214. not. d.

Christi. J. A. Sengebusch, D. De indole jur. diffess. Goett. 1801.

Andere für einen zuzuschiebenden Haupteid, z. B.

Malblanc, doctrina de jurejur. §. 50.

v. Glück, Comm. XXII. S. 47 flg.

noch Andere für einen **Reinigungseid**, z. B. *Schaumburg*, princ. prax. jud. p. 223. in fine. **Eichhorn**, deutsche St. u. R. G. III. Thl. S. 441. **Wetzell**, Syst. I. S. 151.

In den praktischen Folgen ist es keineswegs gleichgültig, welcher von diesen Meinungen der Vorzug gegeben wird, indem z. B. nach der ersten Ansicht die Ableistung dieses Eides auch durch einen Bevollmächtigten zulässig seyn würde, nicht aber nach der zweiten und dritten; — dagegen aber die Zurückschiebung des Eides, sowie die Gewissensvertretung, welche die Vertheidiger der zweiten Ansicht für zulässig halten, mit dem Gesichtspunkte des Gefährdeeides unvereinbar ist.

Wenn man jedoch den Diffessionseid mit allen Eigenthümlichkeiten, welche er in dem wenigstens vorherrschenden Gerichtsgebrauche einmal angenommen hat, festhält, so entspricht er keiner der bisher angedeuteten Ansichten vollkommen. Als Gefährdeeid kann er nicht betrachtet werden, weil nach der Ableistung desselben kein Aechtheitsbeweis mehr zugelassen wird, und weil die Formel des Diffessionseides, wenigstens bei der Diffession solcher Urkunden, welche dem Diffitenten selbst zugeschrieben werden, nicht auf die subjective Gesinnung des Schwörenden, sondern auf eine äußere Thatsache gerichtet ist. — Der Gesichtspunkt eines freiwillig zuzuschiebenden Haupteides paßt nicht (obgleich in Folge einer freiwilligen Delation allerdings derselbe Satz beschworen werden müßte, welcher den Inhalt des Diffessionseides bildet, und obgleich der Diffessionseid, wie der freiwillig zugeschobene, den Gegenbeweis ausschließt), weil weder die Relatio, noch die Gewissensvertretung dabei zugelassen wird. — Was endlich den Gesichtspunkt des Reinigungseides betrifft, so hat dieser allerdings, **historisch**, das

Meiste für sich. Allein der Respect, welchen die „*littera scripta*“ überhaupt im Mittelalter genoß, besteht jetzt gewiß nicht mehr in dem Grade, daß man auch für die Aechtheit einer bloßen Privatscriptur eine Präsumtion in Anspruch nehmen könnte, welche stark genug wäre, die Belastung des Producten mit einem Reinigungseide hinreichend zu rechtfertigen. Im Hinblicke auf den gegenwärtigen Gerichtsgebrauch scheint daher Gensler Recht zu haben, wenn er bemerkt: „Der Diffessionseid steht für sich allein, mit und in seinem eigenen Gebiet und Wesen, durch die Reichsgesetze im Allgemeinen gebilliget, durch den Gerichtsgebrauch und Landesgesetze näher regulirt.“

Arch. für civ. Prax. II. S. 327.

Vgl. Goldschmidt, Abh. VIII.

Die ältere Litteratur über diesen Gegenstand s. bei Wetzell, System I. S. 151. not. 80 flg.; bei Glück, Com. XXII. S. 45—51 in den Noten. — Die neuere in Schmid's Hdb. II. S. 303 in den Noten.

Von der Schriftenvergleichung (comparatio, collatio litterarum).

§. 259.

Die Schriftenvergleichung ist ein künstlicher Aechtheitsbeweis durch Kunstverständige. Wenn nämlich der Product die ihm vorgelegte Urkunde diffitirt, so kann der Producent darauf antragen, daß diese Urkunde durch Schreibverständige mit einer anderen Scriptur verglichen werde, von welcher es bereits gewiß ist, daß sie von der

Hand des angeblichen Urhebers der bestrittenen Urkunde herrührt, um hierdurch das auf die Aehnlichkeit der Schriftzüge in beiden Urkunden zu begründende Urtheil zu bewirken, daß auch das bestrittene Document von derselben Hand geschrieben, also ächt sey.

Die comparatio litterarum ist daher nicht zu verwechseln mit der s. g. recognitio documentorum per testes, welche darin besteht, daß man Personen, welchen die Handschrift des angeblichen Ausstellers der bestrittenen Urkunde anderswoher bekannt ist, nur die bestrittene Urkunde allein vorzeigt, und sie befrägt, ob sie in derselben die Hand des angeblichen Ausstellers erkennen oder nicht.

Gesterding, Nachforsch. II. S. 411 flg.

Diese letztere Einrichtung ist den gesetzlichen Quellen des gemeinen Processes ganz fremd, und beruht nur auf einem noch dazu sehr schwankenden Gerichtsgebrauche. Die Schriftenvergleichung kommt aber schon in dem neueren Römischen Rechte vor, und die Justinianische Sammlung enthält mehrere darauf Bezug habende Vorschriften,

c. 22. C. 9. 22.

c. 16. (restituirt aus den Basiliken) und

c. 20. C. 4. 21.

Nov. 49. c. 2.

Nov. 73.

welche indessen freilich durch ihre Umständlichkeit und den schnell aufeinander folgenden Wechsel ihres Inhaltes deutlich genug beweisen, daß man auch die Schriftenvergleichung gegen zufällige und absichtliche Täuschungen nicht vollkommen zu sichern wußte.

Vergl. darüber besonders;

Klüpfel im Arch. für civ. Prax. II. S. 333 flg.

Zimmern, Gesch. des Röm. Privatr. III. §. 149.
Goldschmidt, Abhandl. IX. §. 1 u. 2.

Da weder der Text des canonischen Rechtes, noch die deutschen Reichsgesetze neue Bestimmungen über diesen Gegenstand enthalten, so bildet zwar das Römische Recht noch die allgemeine Grundlage dieser Lehre, jedoch mit manchen durch den Gerichtsgebrauch recipirten Modificationen, als deren gemeinsame Richtung ein Hinwegsetzen über die ängstlichen Beschränkungen des Römischen Rechtes bezeichnet werden kann, wo man diese nicht in der Natur und in dem Zwecke des Institutes selbst hinreichend begründet zu finden glaubte.

Gegenwärtig dürften folgende Grundsätze auf gemeinrechtliche Geltung Anspruch haben:

I. Wer von der Schriftenvergleichung Gebrauch machen will, muß sich vor Allem um eine eigene Handschrift Desjenigen umsehen, der als Urheber der bestrittenen Urkunde genannt ist. Denn ohne ein zuverlässiges, auch von dem Producten unbestreitbares *„manu propria“* des angeblichen Autors des bestrittenen Documentes ist ein auch nur einigermaßen sicheres Gutachten der beigezogenen Schreibverständigen nicht möglich. — Auf den Inhalt dieser Hülfsurkunde kommt jedoch begreiflicher Weise nichts an, weil es ja nur darum zu thun ist, einen zuverlässigen Maßstab zur Prüfung der Aechtheit der bestrittenen Schriftzüge zu erhalten. — Auch wird jetzt nicht mehr, — wie das Römische Recht es vorschreibt, —

c. 20. C. 4. 21.

Vgl. Nov. 49. c. 2. und Nov. 73.

darauf gehalten, daß die Aechtheit der maßgebenden Scriptur durch öffentlich autorisirte Personen, oder durch die Mitunterschrift von drei Zeugen, oder durch die bisherige

Aufbewahrung derselben in einem öffentlichen Archive u. dgl. beglaubigt seyn müsse; sondern man läßt jede Privatschrift des angeblichen Ausstellers der streitigen Urkunde als Maßstab zu, welche der Product als ächt anerkennt, oder nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen mit Erfolg nicht diffitiren kann.

Die Frage, ob, wenn der Producent eine solche brauchbare Hülfsurkunde nicht aufzufinden vermag, der Aussteller der bestrittenen Urkunde nicht angehalten werden dürfe, dem Producenten zu Dienste jetzt vor Gericht etwas niederzuschreiben, wird zwar von Schweikart unter Bezug auf eine alte Praxis in der

Zeitschrift für Civilr. u. Proc. Bd. IV. S. 331 flg.

bejaht. Ein vorsichtiger Producent wird jedoch in der Regel lieber auf die Schriftenvergleichung überhaupt Verzicht leisten, als diese Praxis für sich geltend machen.

Vergl. Mittermaier in derselben Zeitschrift. III. S. 168 flg.

Wenn man übrigens unter mehreren gleich authentischen Hülfsurkunden die Wahl hat, so ist es rathsam, eine solche zu wählen, deren Entstehungszeit nicht zu weit von der Entstehungszeit der bestrittenen Urkunde entfernt ist, weil sich die Handschrift eines Menschen nicht selten im Laufe der Jahre verändert.

II. Die Vergleichung der beiden Handschriften, — der unbestrittenen und der bestrittenen, — muß vor Gericht, und zwar durch eigens von den Parteien dazu gewählte und beeidigte Schreibverständige vorgenommen werden.

c. 20. C. 4. 21.

Nov. 49. c. 2. in fin.

Die Zulassung zu diesem Geschäfte ist übrigens zwar einerseits dadurch nicht bedingt, daß Jemand förmlich als

Schreibmeister angestellt sey; andererseits genügt es aber doch auch nicht, daß Jemand nur selbst nothdürftig lesen und schreiben könne, sondern es wird hiezu eine durch den bekannten Beruf oder die regelmäßige Beschäftigung des Gewählten verbürgte Erfahrung und Uebung desselben in der Schreibkunst und im Lesen fremder Handschriften vorausgesetzt. Bei alten Urkunden kann auch die Beiziehung von Archivsbeamten angemessen erscheinen. Der Richter selbst soll jedoch die Vergleichung in keinem Falle vornehmen.

III. Nach Röm. Rechte soll zwar die Schriftenvergleichung nur in subsidium, d. h. nur dann zugelassen werden, wenn dem Producenten kein anderer directer Aechtheitsbeweis, z. B. durch Zeugen, zu Gebote steht, und der Producent wird daher in dieser Hinsicht auch zur Leistung eines Gefährdeeides verpflichtet.

Nov. 73. c. 7. §. 3.

Allein von diesem Gefährdeeide wird in der Praxis gewöhnlich Umgang genommen.

IV. Was die Wirkung der comp. litter. betrifft, so kann durch dieselbe auch in dem günstigsten Falle nie ein vollständiger Beweis der Aechtheit, sondern nur ein so hoher Grad von Wahrscheinlichkeit hergestellt werden, daß der Producent zum Erfüllungseide zugelassen wird. Denn bei der Möglichkeit, daß auch zwei verschiedene Personen eine sehr ähnliche Handschrift führen, und bei der Leichtigkeit, eine fremde Handschrift auf das Täuschendste nachzuahmen, würde es sehr gefährlich seyn, dieser Probe ein größeres Gewicht beizulegen. Fällt aber das Gutachten der Sachverständigen schwankend und unsicher aus, so kann sich der Richter dazu bewogen finden, den Producten zum Reinigungseide zuzulassen, welcher seinem Inhalte nach dem Diffessionseide gleichkommt.

Sollten aber die Sachverständigen die bestrittene Urkunde entschieden für unächt erklären, so kann der Producent von seinem Gegner den Diffessionseid nicht mehr verlangen.

Vergl. über das Ganze:

v. Glück, Comm. XXII. S. 87 u. flg., wo auch in der Note 69 die ältere Litteratur über diesen Gegenstand zu finden ist.

Gensler im Arch. II. S. 329 flg.

Heffter, Syst. §. 251.

Ortloff, der Diffessionseid u. s. w. in seinen jurist. Abh. Jena 1847. I. S. 90 flg.

Schmid, Hdb. II. S. 302.

Wetzell, Syst. I. S. 150.

Der oben angedeuteten recogn. docum. per testes ist übrigens nach gemeinem Rechte jedenfalls noch weniger Werth beizulegen, als der comparatio litterarum, wenn auch die Zeugen schreibenskundige Personen sind, weil sie die Vergleichung nicht mit einer wirklichen, vor ihren Augen liegenden Handschrift, sondern nur mit einem Gedächtnißbilde derselben vornehmen können. Gewöhnlich wird über diese Aechtheitsprobe absolut der Stab gebrochen;

S. z. B. Gensler a. a. O. S. 328. not. 54.

Wetzell a. a. O. S. 150. not. 75.

allein ohne allen Grund ist doch nicht, was Gesterding dafür geltend macht.

Gesterding, Nachforsch. II. S. 411 flg.

Vgl. Schmid, Hdb. II. S. 301.

Von den s. g. instrumentis quasi publicis.

§. 260.

Nach dem Pandektenrechte hing die Beweiskraft einer Privaturkunde keineswegs von der Zuziehung von Zeugen ab.

S. z. B. Fr. 26. §. 2. D. 16. 3.

Auch noch unter den späteren Kaisern waren schriftliche Aufsätze über Verträge aller Art ohne Dazwischenkunft von Zeugen zum Beweise vollkommen hinreichend. In Ansehung hypothekarischer Verträge wurde jedoch von Kaiser Leo in

c. 11. C. 8. 18.

vorgeschrieben, daß ein Pfandgläubiger, welcher sein Pfandrecht durch ein instrumentum publicum beweisen könne, demjenigen ohne Rücksicht auf das Alter der Hypothek vorgehen soll, welcher nur eine Privatverschreibung für sich hätte, ausgenommen diese Privaturkunde wäre zugleich von wenigstens drei unbescholtenen männlichen Zeugen mit unterzeichnet, in welchem Falle sie als ein instrumentum quasi publice confectum zu betrachten sey.

Eben so verordnete Justinian in

Nov. 117. c. 2.

daß, wenn Jemand in instrumento publico, *sive* propria manu conscripto *et habente subscriptionem trium testium fide dignorum* sein mit einer libera mulier erzeugtes Kind filius oder filia genannt hätte, dasselbe sodann als legitim gelten sollte.

Aus diesen singulären Vorschriften hat man nun den allgemeinen Satz abgeleitet, daß alle Privaturkunden, wenn sie nur von drei Zeugen unterschrieben sind, gleiche Beweiskraft mit öffentlichen Urkunden haben sollen.

S. z. B. schon *G. Durandi*, spec. I. II. part. 2. p. 458. nro. 2.
Lauterbach, colleg. l. XXII. t. 4. 11.

Allein, wenn dieser Satz richtig wäre, so müßte unter der gedachten Voraussetzung auch ein außergerichtlich ausgestelltes schriftliches Privatzeugniß über irgend einen Vorfall volle Beweiskraft haben, was den allgemein anerkannten Grundsätzen über die Erfordernisse eines vollgültigen Zeugenbeweises widersprechen würde.

Man wird daher s. g. instrumenta quasi publica in processualischer Hinsicht eben so behandeln müssen, wie instrumenta privata, z. B. hinsichtlich der Nothwendigkeit der Recognition von Seite des Ausstellers, der Zuläßigkeit der Diffession und des Diffessionseides.

Gensler im Arch. f. civ. Pr. II. S. 322. flg.

Nur den Vortheil gewährt ein instr. quasi publicum, daß im Falle einer Diffession der Aechtheitsbeweis leichter geführt werden kann; und, wenn die testes subscripti bei dem Abschlusse des beurkundeten Geschäftes selbst zugegen waren, so kann man sich, — falls auch die Urkunde, als solche, in dem gegebenen Falle kein genügendes Beweismittel wäre, — damit helfen, daß man die unterzeichneten Personen als Zeugen über den Vorgang selbst eidlich vernehmen läßt.

Vergl. Thibaut, P. R. §. 1176.
Glück, Comm. XVIII. S. 283 flg.
A. M. scheint zu seyn: Martin, Lehrb. §. 205. not. h. (12te Aufl.)

Die Verordnungen Justinians, daß Privaturkunden über Darlehen, Zahlungen und andere Contracte, welche nicht in Gegenwart von wenigstens drei, oder wohl gar fünf Zeugen errichtet worden sind, von dem Richter gar nicht berücksichtigt werden sollen, werden heutzutage nicht mehr beobachtet.

c. 17. C. 4. 2.
Nov. 73.
Heffter, Inst. S. 214. Nr. 5.

V. Von dem Beweise durch Eide.

p. 978

Einleitung.

§. 261.

Wenn der Eid als ein Beweismittel im Civilprocesse genannt wird, so ist Dieses keineswegs so zu verstehen, als ob es jedem streitenden Theile frei stünde, sich zum Beweise der von ihm aufgestellten, für ihn vortheilhaften Behauptungen zur eidlichen Bestätigung derselben zu erbieten, mit dem Erfolge, daß sich sein Gegner ein solches Anerbieten gefallen lassen müßte. Denn in diesem Falle würde der Eid entweder zu keinem Resultate führen, weil sich jede Partei zur eidlichen Bekräftigung der von ihr aufgestellten Behauptung, auch wenn diese der Behauptung des Gegners direct entgegengesetzt wäre, erbieten könnte; oder er würde, wenn man dem zuerst sich dazu Anbietenden den Vorzug einräumen wollte, das gefährlichste Werkzeug in der Hand des Gewissenlosen werden. — Zum Gebrauche des Eides kann es vielmehr im gerichtlichen Streitverfahren nur in folgenden Fällen kommen:

p. 349

1) Wenn eine Partei selbst ausdrücklich erklärt, sie wolle von einer Behauptung abstehen, falls sich ihr Gegner die Unwahrheit derselben zu beschwören getrauen würde (jusjurand. *voluntarium, — litis decisorium,* freiwilliger Haupteid, Schiedeseid);

2) wenn über eine erhebliche Behauptung nur ein unvollständiger Beweis geliefert wurde, welcher zur

Fällung eines Urtheils nicht genügt, und derselbe gleichwohl nach der Lage des Processes auf andere Art nicht mehr ergänzt werden kann.

In diesem Falle ist es nämlich dem Richter erlaubt, entweder auf eidliche Ergänzung des unvollständigen Beweises (juram. *suppletorium*, Erfüllungseid) oder auf eidliche Wegräumung desselben (juram. *purgatorium*, Reinigungseid) zu erkennen. Diese beiden Eide heißen auch jur. *necessaria*, weil sich die Parteien diese Eidesauflage gefallen lassen müssen. — Endlich

3) gibt es auch einige Fälle, in welchen eine Partei ohne vorläufigen Antrag ihres Gegners, und ohne daß die Bedingungen der sub nro. 2 genannten Eide vorhanden sind, doch zur eidlichen Bestärkung einer für sie vortheilhaften Behauptung vermöge besonderer gesetzlicher Bestimmung zugelassen wird. — Hieher gehört namentlich das *jusjur. in litem* (der Schätzungs- oder Würderungseid) und das jur. *Zenonianum*.

Die Ausdrücke: jusjur. *voluntarium* und *necessarium* kommen schon im Röm. Rechte vor,

s. die Ueberschrift des Digestentitels XII. 2.

aber in einer anderen Bedeutung, als in welcher wir sie gebrauchen. Ueber diese Bedeutung sind zwar verschiedene Meinungen aufgestellt worden. Das Wahrscheinlichste ist jedoch, daß unter jusjur. *voluntarium* der außergerichtliche Eid verstanden wurde, weil sowohl die Zuschiebung als die Annahme desselben von der Willkür der Parteien abhing, d. h. weil auch die Nichtannahme dieses Eides für den s. g. Delaten keine nachtheilige Folge hatte. Der Ausdruck „jusj. *necessarium*" wurde vermuthlich auch für den von den Parteien einander zugeschobenen Eid gebraucht, aber nur dann, wenn die Zuschiebung gerichtlich, also entweder in jure — vor

der Obrigkeit, oder in judicio — vor dem judex geschah, weil in diesen Fällen der Delat den Eidesantrag nicht einfach ablehnen, sondern sich bei Vermeidung eines rechtlichen Nachtheils darauf in einer bestimmten Art einlassen mußte, folglich die Einlassung für ihn nothwendig war. — Den Eid aber, welchen wir jusj. necessarium nennen, bezeichneten die Römer wahrscheinlich mit dem auch in der citirten Ueberschrift vorkommenden Ausdrucke „jusj. *judiciale.*“

v. Savigny, Syst. VII. S. 85.

Vgl. Puchta, Instit. II. §. 173. Note e.

In der Proceßlehre ist übrigens nur von den gerichtlichen Eiden allein zu handeln. Die Lehre von dem außergerichtlichen Eide gehört in das Civilrecht, wo auch der Begriff des Eides, die verschiedenen anderweitigen Eintheilungen z. B. in juram. promissorium und assertorium, sowie die allgemeinen Erfordernisse eines gültigen Eides in formeller und materieller Beziehung erörtert zu werden pflegen.

Vgl. darüber: Glück, Comm. XII. §. 789 flg.

Wetzell, Syst. I. §. 25.

Von dem freiwilligen Haupteide insbesondere.

Begriff und rechtliche Natur.

§. 262.

Die Zuschiebung oder Delation des freiwilligen gerichtlichen Haupteides besteht, wie kurz vorher bemerkt wurde, in der Erklärung einer streitenden Partei, daß sie eine von ihr aufgestellte Behauptung aufgeben wolle, wenn die Gegenpartei die Unwahrheit derselben eidlich bekräftigen würde. — Der Eidesantrag wird daher

1) immer auf das Gegentheil derjenigen Behauptung gerichtet, welche der Deferent aufgestellt hatte.

2) Der Deferent macht sich durch einen solchen Antrag verbindlich, einen Anspruch oder ein ihm vortheilhaftes Assert fallen zu lassen, jedoch nur unter der Bedingung, wenn der Gegner vorher schwören würde. Die Eidesdelation ist daher ein Verzicht sub conditione jurisjurandi, oder, wie die Röm. Juristen sich ausdrücken, „jusjurandum speciem transactionis continet."

Fr. 2. D. 12. 2.

Vgl. Fr. 21. D. 4. 3.

Dieser Gesichtspunkt hat, wie sich in der Folge zeigen wird, einen bedeutenden Einfluß sowohl auf die Zulässigkeit als auf die Wirkungen dieses Eides. Daß übrigens dieser Gesichtspunkt heutzutage durch das erweiterte Aufsichtsrecht des Richters seine Bedeutung verloren habe,

v. Savigny, Syst. VII. S. 85.

läßt sich nicht unbedingt behaupten.

3) Die Zuschiebung des freiwilligen Haupteides geschieht keineswegs in der Erwartung, daß der Delat wirklich schwören, sondern vielmehr umgekehrt in der Hoffnung und mit dem Wunsche, daß er nicht schwören werde. — Die Delation ist ein Act des Vertrauens, durch welchen der Deferent zu erkennen gibt, daß er seinen Gegner für so gewissenhaft hält, daß er ihn zum Richter in eigener Sache zu machen keinen Anstand nimmt.

Fr. 1. pr. D. 44. 5.

Dadurch hielten sich auch die Röm. Juristen für berechtigt, dem Delaten die Verbindlichkeit, zu schwören, oder den Eid zurückzuschieben, unter der Androhung aufzulegen, daß er widrigenfalls so behandelt werden würde, als habe er die Behauptung des Deferenten zugestanden. Denn wer selbst nicht schwören, und auch seinem Gegner

nicht gleiches Vertrauen schenken will, welches doch dieser zuerst ihm geschenkt hatte, macht sich in einem so hohen Grade verdächtig, daß er nicht über Unbilligkeit klagen kann, wenn er als Confitent betrachtet wird.

Fr. 38. D. 12. 2.

„Manifestæ turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre.“

4) Durch diese Wendung erhält aber die Eidesdelation auch die Kraft eines Mittels zur Herstellung förmlicher Wahrheit. Denn schwört der Delat, so gilt die beschworene Thatsache dem Richter als wahr; verweigert er aber den Eid ohne hinreichenden Grund, so darf der Richter die Behauptung des Deferenten als wahr gelten lassen. In einem wie in dem anderen Falle ist daher der Richter in dieselbe Lage versetzt, in welcher er sich befinden würde, wenn der Beweis durch Zeugen oder Urkunden geführt worden wäre. Er kann absolviren oder condemniren.

Fr. 25. §. 3. D. 22. 3.

Fr. 5. §. 2. Fr. 11. §. 3. Fr. 35. pr. D. 12. 2.

Allgemeine Bedingungen der Zulässigkeit eines gerichtlichen Eidesantrages.

§. 263.

A. Wer kann den Haupteid deferiren?

Bei der Beantwortung dieser Frage kommt vorzüglich die Natur dieses Eides als *species transactionis* in Betracht. Insofern nämlich die Zuschiebung des Haupteides als ein Vergleichsantrag erscheint, kann sie 1) nur von solchen Personen geschehen, welche sich durch ihre Handlungen in Ansehung ihres Vermögens

verpflichten können. Die Eidesdelation eines prodigus, oder eines Pupillen ohne Beiziehung des Tutors ist daher in ihren nachtheiligen Folgen ohne verbindende Kraft für den Deferenten.

Fr. 17. §. 1. Fr. 35. §. 1. D. 12. 2.

Fr. 1. §. 1. D. 44. 5.

Dasselbe muß jetzt auch von Minderjährigen, die nicht mehr impuberes sind, behauptet werden, insofern sie den Haupteid ohne Zustimmung des Curators deferiren.

Vgl. Fr. 9. §. 4. D. 12. 2.

c. 4. C. 4. 1.

Reinhardt, Hdb. II. §. 243. not. 2.

v. Savigny, Syst. VII. S. 57. not. c.

Dagegen der curator prodigi vel furiosi kann allerdings den Eid gültig zuschieben,

F. 17. §. 2. D. eod.

und eben so auch der tutor, insofern ihm keine anderen Beweismittel zu Gebote stehen.

Fr. 17. §. 2. und Fr. 35. pr. D. eod.

c. 7. C. 4. 1.

Einige fordern jedoch bei dem Letzteren auch die obervormundschaftliche Zustimmung, wenn diese zur Veräußerung des Streitgegenstandes nothwendig seyn würde.

Martin §. 224. not. d.

Da übrigens Unmündige, Minderjährige und Pflegbefohlene keine volle Gerichtsstandsfähigkeit besitzen, und dem heutigen Gerichtsgebrauche zufolge in ihren gerichtlichen Streitangelegenheiten nur ihre Vormünder oder Curatoren zugezogen werden, so wird eine von einer solchen Person allein ausgehende gerichtliche Eidesdelation kaum irgend einmal vorkommen.

Procuratoren sind nach Röm. Rechte zur Eidesdelation nur dann berechtigt, wenn sie entweder in rem suam

bestellt sind, oder eine Specialvollmacht dazu haben, oder endlich als procurat. univers. bonorum.

Fr. 17. §. 3. Fr. 34. §. 1. D. eod.

Nach canon. Rechte ist jedoch auch eine Generalvollmacht cum libera schon hinreichend.

c. 4. in 6to 1. 19.

Ob übrigens 2) der Deferent eidesfähig ist oder nicht, darauf kommt nichts an. Auch ein Meineidiger kann seinem Gegner den Eid zuschieben. Denn er hat wohl die persönliche Fähigkeit zum Schwören verloren (c. 14. C. 22. qu. 5.), aber nicht die Fähigkeit sich durch seine Handlungen zu verpflichten. Indessen kann freilich der Delat die Wirkung einer solchen Eideszuschiebung beliebig vereiteln. Denn er braucht nur von dem Deferenten den Gefährdeeid zu fordern; — diesen darf der (überhaupt eidesunfähige) Deferent nicht schwören, und ohne vorgängige Leistung des Calumnien-Eides ist auch der Delat nicht schuldig, den Haupteid zu leisten. — Noch weiter zu gehen, und deßwegen, weil der Deferent nicht schwören darf, ihn so zu behandeln, als wenn er nicht schwören wollte, ist allerdings zu bedenklich, und zwar nicht bloß aus dem Grunde, weil diese Fiction kein Gesetz für sich hat.

Martin, Lehrb. §. 224. not. c. (12te Aufl.)

Barth a. a. O. S. 39.

Schmid, Hdb. II. S. 331 flg.

Die verschiedenen abweichenden Ansichten über diesen Punkt s. bei Glück, Comm. XII. S. 260 flg.

B. Wem kann der Haupteid deferirt werden?

§. 264.

Der Haupteid kann

I. nur der Gegenpartei selbst, nicht auch einem Dritten zugeschoben werden, der an dem Processe nicht unmittelbar Theil nimmt, weil man sich mit einem Dritten über das im Streite befangene Verhältniß auch nicht vergleichen kann. Will man die eidliche Aussage eines Dritten zum Beweise benützen, so muß man ihn als Zeugen vorschlagen, und Dieses macht in den Folgen einen wesentlichen Unterschied. — Selbst dann, wenn der Dritte ein Mandatar oder Geschäftsträger des Gegners in der Sache war, auf welche es ankommt, kann ihm doch der Haupteid nicht zugeschoben werden, wie Strube (Bed. IV. 34.) irrig glaubt. — Sollten sich beide Parteien dahin vereinigen, die Entscheidung der Sache von der eidlichen Aussage eines Dritten abhängig machen zu wollen, so ist zwar gegen eine solche Uebereinkunft nichts einzuwenden, aber der Eid ist dann kein jusj. volunt., sondern ein durch Privatwillkür in seiner Wirkung gesteigerter Zeugeneid. — In einem Falle nimmt übrigens wenigstens die Praxis an, daß ein der Gegenpartei deferirter Haupteid eben so wirksam von einem Dritten, wie von ihr selbst abgeleistet oder verweigert werden könne, nämlich dann, wenn der Dritte als auctor oder Cedent des dem Gegner bestrittenen Rechts erscheint, und von dem zu beschwörenden Satze bessere Kenntniß haben muß, als der Gegner selbst.

Vgl. Fr. 1. §. 2. D. 44. 5.

Wernher I. 338.

Leyser, sp. 201. med. 5.

Mittermaier im Arch. XXIII. S. 379 flg.

Schmid, Handb. II. S. 334 flg.

II. Hinsichtlich der Frage, ob auch einem Unmündigen der Eid deferirt werden könne, kommen im Röm. Rechte einige scheinbar widersprechende Stellen vor.

Nach Fr. 26. pr. D. 12. 2. muß man nämlich annehmen, daß auch ein Unmündiger einen gültigen Eid leisten konnte; in Fr. 34. §. 2. D. eod. wird aber geradehin gesagt: pupillo jusjurandum non defertur, und damit stimmt auch das canon. Recht überein.

c. 15. C. 22. qu. 5.

Diese Stellen lassen sich jedoch auf folgende Art vereinigen:

a) Wenn einem Unmündigen der Eid deferirt wird, so ist er nicht schuldig sich darauf einzulassen.

Fr. 34. §. 2. D. 12. 2.

c. 15. C. 22. qu. 5.

Hat er sich aber

b) freiwillig dazu verstanden, und den Eid wirklich geleistet (qui jurasse dicitur), so kann der Deferent die Gültigkeit desselben wegen des Alters des Schwörenden nicht anfechten, indem er selbst die Veranlassung dazu gegeben hat.

Fr. 26. pr. D. 12. 2.

Barth a. a. O. S. 40.

v. Savigny, Syst. VII. S. 57. not. h.

Nicht dagegen ist Fr. 4. D. 12. 3., welches nur vom jusjur. in lit. handelt.

Reinhardt, Hdb. II. §. 226. not. 1.

Heutzutage wird jedoch ein Unmündiger nie zum Schwure zugelassen, sondern die Ableistung des Eides nöthigenfalls bis zur erreichten Eidesmündigkeit aufgeschoben.

Wernher I. 336.

Malblanc l. c. §. 9. u. 42.

Glück, Comm. XII. S. 276.

Schmid, Handb. II. S. 333. not. 2.

Tutoren und Curatoren können in Streitsachen ihrer Pflegebefohlenen nicht dazu gezwungen werden, sich auf einen ihnen zugeschobenen Wahrheitseid über Thatsachen einzulassen, welche ihnen unbekannt sind.

Arg. Fr. pr. 4. D. 12. 3.

Vergleiche jedoch:

c. 5. C. 4. 1.

Schmid, Hdb. II. S. 333. not. 3.

Gegen Procuratoren und Defensoren findet ebenfalls kein Zwang statt.

Fr. 34. §. 3. D. 12. 2.

Wenn sie aber freiwillig schwören, so nützt ihr Eid dem Principal.

Fr. 9. §. 6. Fr. 42. §. 2. D. 12. 2.

Barth a. a. O. S. 40.

In Beziehung auf juristische Personen ist so viel außer Zweifel, daß auch diesen der Haupteid im Processe zugeschoben werden kann, arg. Fr. 97. D. 35. 1. — Insofern die juristische Persönlichkeit nur Attribut einer einzelnen physischen Person, — oder einer Sache oder Anstalt beigelegt ist, deren Rechte durch ein bestimmtes Individuum ausgeübt und verwaltet werden, ist auch die Beantwortung der Frage, wer sich über die Delation zu erklären, und den acceptirten Eid zu leisten habe, geringeren Schwierigkeiten unterworfen. Sehr bestritten ist dagegen diese Frage, inbesondere der letzte Theil derselben in dem Falle, wenn die juristische Person eine Gemeinde, — ein aus mehreren Individuen bestehendes Corpus ist.

Am meisten scheinen hiebei nach gemeinem Rechte folgende Grundsätze für sich zu haben:

1) Ueber die Annahme oder Recusation des deferirten Eides muß ein förmlicher Gemeindebeschluß gefaßt werden.

2) Fällt dieser Beschluß dahin aus, daß der Eidesantrag angenommen werden soll, so kann der Deferent nach gemeinem Rechte doch nicht verlangen, daß alle einzelnen Mitglieder der Gemeinde zur Eidesleistung angehalten werden; — ja — er kann nicht einmal fordern, daß sämmtliche Vorsteher der Gemeinde wirklich schwören sollen, obgleich die oben angeführte Stelle des Röm. Rechts, Fr. 97. D. 35. 1., analog hiefür geltend gemacht werden könnte; — sondern nach analoger Anwendung einer reichsgesetzlichen Vorschrift

Landfried. v. 1521. Tit. 7. §. 9.

C. G. O. v. 1555. II. 10. §. 1.

sind bei ordinirten Gemeinden nur „zwei Theile der Communräthe" zu schwören verpflichtet; bei nicht ordinirten Gemeinden aber könnte unter analoger Anwendung der

c. 2. §. 5. in f. C. 2. 59.

höchstens darauf bestanden werden, daß *„a plurima vel idonea parte universitatis"* der Eid geleistet werde. — Die Praxis geht aber in dieser Beziehung noch weiter, und begnügt sich, um die Vervielfältigung der Eide und die damit verbundenen Weitläufigkeiten zu vermeiden, damit, wenn bei ordinirten Gemeinden überhaupt nur einige Mitglieder des Rathes, bei nicht ordinirten einige Glieder der Gemeinde schwören. — Ueber eine feststehende Anzahl hat man sich jedoch in dieser Hinsicht nicht allgemein vereiniget. Nur zeigt sich vielfach, auch in einzelnen Particulargesetzen, eine Vorliebe für die Dreizahl.

S. z. B. Röder im Archiv für civil. Praxis XXX. S. 45. not. 7.

Durch einen dritten, der Gemeinde gar nicht angehörigen Stellvertreter kann jedoch der Haupteid Namens der Gemeinde nicht geschworen werden, selbst dann nicht, wenn der Dritte mit einer Specialvollmacht hiezu versehen wäre, weil die Leistung des Haupteides überhaupt immer durch die Partei in eigner Person geschehen muß. Nur dann würde eine Ausnahme zu machen seyn, wenn auch der Deferent selbst seine Einwilligung hiezu ertheilte.

v. Savigny, Syst. VII. S. 58.

Aeltere Proceßlehrer haben übrigens die Leistung des Haupteides durch einen speciell bevollmächtigten Procurator nicht selten für allgemein zuläßig gehalten. S. z. B. v. Glück, Comment. XII. S. 345. Dagegen aber v. Linde im Archiv X. S. 10 flg.

3) Sehr bestritten ist die Frage, wer die einzelnen Gemeindeglieder auszuwählen habe, welche den Eid wirklich ableisten sollen, indem einige das Wahlrecht der Gemeinde selbst,

S. (von den neueren Schriftstellern) besonders Huß in der Zeitschrift für Civilr. und Proc. Bd. XV. Nr. 7. und XVIII. Nr. 8.

Andere aber dem Deferenten zusprechen.

S. vorzüglich:

v. Linde im Arch. X. S. 1 flg. XIII. S. 181 flg. Deurer, ebend. XXV. S. 208.

Ueberwiegende Gründe, insbesondere die Vergleichsnatur der Eidesdelation sprechen für den Vorzug der letzteren Meinung.

Schmid, Hdb. II. S. 339.

2 / fo 874

Da übrigens sowohl die Anhänger der ersten, als der zweiten Ansicht dem Gegner der Partei, welcher sie das Wahlrecht zuerkennen, wenigstens die Befugniß nicht absprechen können, gegen die persönliche Zulässigkeit der einzelnen Gewählten Einwendungen vorzubringen, über deren Erheblichkeit nöthigenfalls der Richter nach vorgängiger Cognition zu entscheiden hat, so wird die definitive Bestimmung der Schwurmänner in der Regel als das Resultat einer gegenseitigen Vereinbarung unter Mitwirkung des Richters erscheinen.

Vgl. Röder a. a. O. S. 59.

Ueber die rechtlichen Folgen der Eidesweigerung von Seite eines der definitiv bestimmten Schwurmänner s. ebendens. S. 61 flg.

Vgl. jedoch hierüber, sowie über das Ganze:

Arnold, über die Eidesleistung durch Stellvertreter im Civilproceß.

IV. Nicht zu verwechseln mit dem Falle, wo der Eid einer juristischen Person zugeschoben wird, ist der, wenn er mehreren Litisconsorten deferirt wird.

Denn in diesem Falle müssen sämmtliche Streitgenossen, jeder für seinen Antheil, schwören, und der Eid eines Einzelnen kann den Uebrigen eben so wenig nützen, als dessen Verweigerung schaden.

Martin im Mag. 2tes Heft S. 233. flg.

Schmidt, Abh. verschied. Rechtsmat. II. 40. §. 2.

Seuffert im Arch. für civ. Prax. III. Abh. 15.

Ueber die möglichen Collisionen, welche sich hiebei ergeben können, und deren Behandlung s.

Brackenhöft, Erört. I. S. 293 u. 294, besonders not. 55.

Schmid, Hdb. II. S. 335.

V. Die Frage, ob einem Meineidigen der Eid angetragen werden könne, ist weder unbedingt zu bejahen mit

Reinhardt, Hdb. II §. 226. not. 4.

wegen c. 14. C. 22. qu. 5., noch unbedingt zu verneinen mit

Malblanc, l. c. §. 7. p. 16.

weil dabei auch der unschuldige Theil leiden könnte; sondern scheint vielmehr so beantwortet werden zu müssen, daß die Delation zwar stattfinde, der Delat aber sich der Relation oder Gewissensvertretung bedienen müsse.

Barth a. a. O. S. 40. Nr. 2.

A. M. ist: Gesterding, Nachforsch. II. S. 424 flg. Schäffer in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Neue Folge. Bd. XI. S. 280 flg.

Martin, Lehrb. §. 224. not. r. (12te Aufl.)

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß in der Regel Derjenige, dem der Haupteid zugeschoben wird, berechtiget ist, vorher von dem Deferenten das jusjurand. calumniae zu fordern.

Fr. 34. §. 4. D. 12. 2.

Eine abweichende Praxis behauptet jedoch:

v. Savigny, Syst. VII. S. 74.

Wetzell, Syst. I. S. 177. Nr. 3.

C. In welchen Sachen, und worüber kann der Haupteid deferirt werden?

§. 265.

I. Ein Eidesantrag ist in der Regel in allen Civilstreitigkeiten zulässig, es mag nun in rem oder in personam geklagt worden seyn, oder ein persönlicher Zustand in Frage stehen.

Fr. 3. §. 1 u. 2. Fr. 34. pr. D. 12. 2.

Auch bei Civilklagen ex delicto ist die Eidesdelation nicht ausgeschlossen.

Fr. 13. §. 2. Fr. 28. §. 5—7. D. eod.

c. 8. C. 2. 4. ist jetzt nicht mehr anwendbar.

Was die sehr bestrittene Frage betrifft, ob auch in Ehestreitigkeiten über einen Thatumstand, von dem die Nichtigkeitserklärung oder Scheidung der Ehe abhängt, der Haupteid deferirt werden könne, so ist jedenfalls so viel gewiß, daß hier die Eidesdelation nicht, wie in anderen Fällen, auch als ein freier, bloß von dem Willen der Partei abhängiger Vergleichsantrag betrachtet und behandelt werden darf, — weil die Auflösung der Ehe aus höheren Rücksichten der Privatwillkür überhaupt entzogen ist, und daher gar nicht Gegenstand eines Vergleiches seyn kann.

c. 11. X. 1. 36.

Vgl. c. 9. X. 1. 41.

Wenn jedoch der Richter den Eid unter den gegebenen Umständen als ein entsprechendes Mittel ansehen kann, um die Wahrheit an den Tag zu bringen, so ist es ihm keineswegs untersagt, auf einen solchen Antrag Rücksicht zu nehmen, indem er ja unter gewissen Voraussetzungen den Eid auch ohne einen Antrag von der Gegenpartei als Erforschungsmittel der Wahrheit in Ehescheidungssachen zu Hülfe nehmen darf.

c. 10. X. 4. 2.

c. 1. 5. 7. X. 4. 15.

Durch diese Behandlung nimmt aber der Eid die Natur eines auferlegten (nothwendigen) Eides an, und es ist daher auch eine beliebige Zurückschiebung desselben von Seite des Delaten ohne richterliche Genehmigung nicht zulässig. Ja selbst die Folgen der wirklichen Ableistung des Eides, sowie der Verweigerung desselben

sind hier zum Theile nach anderen Grundsätzen zu beurtheilen, als in anderen Fällen. Wenn nämlich der Eid gegen die Ehe geschworen, und darauf hin die Ungültigkeit oder die Scheidung ausgesprochen, späterhin aber die Unwahrheit des Eides entdeckt wird, so soll jener Ausspruch wieder rescindirt werden.

c. 5. 7. X. 4. 15.

Vgl. c. 7. X. 2. 27.

(Das c. 34. X. 2. 24. setzt wohl nur eine eidliche Bekräftigung ohne Delation von Seite des Gegners oder des Richters voraus.)

Wird aber der Eid verweigert, und führt diese Verweigerung zu der Annahme eines Geständnisses bezüglich des von dem Gegner behaupteten Nullitäts- oder Scheidungsgrundes, so darf diesem Geständnisse eben so wenig, als einem direct und ausdrücklich abgelegten für sich allein schon ein entscheidendes Gewicht beigelegt werden, sondern die Wahrheit der eingestandenen Thatsache muß auch noch durch andere Beweise oder Indicien unterstützt seyn.

arg. c. 5. X. 4. 13.

Ueber die dagegen angeführten c. 5. X. 4. 19. und c. 6. X. 5. 16. s. Schmid, Hdb. II. S. 347.

Die verschiedenen Meinungen über diese Streitfrage sind zusammengestellt bei

Glück, Comm. XII. S. 270 flg.

Schmid, Hdb. II. S. 344—348, wo auch die neuere Litteratur angeführt ist.

Vergl. jedoch noch:

Wetzell, Syst. I. S. 176. not. 29. u. S. 170. not. 9.

Ueber die Zulässigkeit der Eidesdelation in Streitigkeiten über Verlassenschaften ex testamento, sowie über künftige Allimente s. Schmid a. a. O. S. 343. not. 1.

II. Was den zu beschwörenden Satz betrifft, so wird jetzt

1) allgemein angenommen, daß der Eid nur über rein thatsächliche Behauptungen, also nicht über abstracte Rechtssätze oder über den Sinn eines zweifelhaften Gesetzes, ja nicht einmal über das concrete Vorhandenseyn eines Rechtsverhältnisses, in juristisch technischer Form ausgedrückt (z. B. daß der Delat Eigenthümer einer Sache sey, oder nicht) deferirt werden könne. Gegen die erste Beschränkung ist auch gewiß nichts zu erinnern. Denn abstracte Rechtssätze können nicht Gegenstand eines gerichtlichen Rechtsstreits unter Privaten seyn. Die zweite Beschränkung wird aber durch die Bemerkung gerechtfertiget, daß Eidesanträge über Rechtsverhältnisse in juristisch technischer Form ausgedrückt, besonders unter rechtsunkundigen Personen leicht mißbraucht werden, oder aus Mangel der nöthigen Rechtsbegriffe des Delaten zu unwahren Resultaten führen könnten.

v. Savigny, Syst. VII. S. 86.
Wetzell, Syst. I. S. 175.

In manchen Fällen ist diese Gefahr auch wirklich vorhanden. Allgemein läßt sich jedoch Dieses bei der Trivialität gewisser Rechtsbegriffe (z. B. daß man Darlehensschuldner eines Andern sey oder nicht) gewiß nicht behaupten. Erwägt man ferner noch, daß im Römischen Rechte der Eidesantrag in der Regel auf das Daseyn oder Nichtdaseyn des streitigen Rechtsverhältnisses überhaupt gerichtet war,

Fr. 3. pr. §. 1 u. 2. Fr. 7. pr. Fr. 9. pr §. 7. Fr. 11. pr. §. 1. Fr. 13. pr. Fr. 30. §. 4. D. 12. 2.

c. 6. C. 4. 1.

v. Savigny a. a. O. S. 60.

Wetzell a. a. O. S. 174.

sowie daß in manchen Fällen die thatsächliche Behauptung nicht wohl ohne juristisch technische Beimischung ausgedrückt werden kann; so dürfte es das Richtigste seyn, den von dem Deferenten vorgeschlagenen Schwursatz der richterlichen Prüfung und Correctur zu unterwerfen. Da, wo weder ein Mißbrauch, noch ein Irrthum zu besorgen ist, darf der Richter gewiß auch jetzt noch einen auf ein Rechtsverhältniß gerichteten Eidesantrag gelten lassen. Selbst dann, wenn die Zulassung eines solchen Eides bedenklich gewesen, gleichwohl aber der Eid in Ermanglung einer Einsprache von Seite des Richters oder des Delaten wirklich geleistet worden wäre, dürfte die Wirksamkeit desselben kaum mit Erfolg zu bestreiten seyn.

Vgl. v. Savigny S. 86.

2) Die zu beschwörende Thatsache muß nicht gerade die Grundlage des streitigen Anspruches vollkommen erschöpfen, sondern der Eid kann auch über einzelne Bestandtheile des Beweissatzes deferirt werden. — Auch ist

3) die Delation über eine bestimmte Gesinnung oder Willensrichtung des Delaten (z. B. über bona fides, den animus injuriandi u. dgl.) ebensowohl zulässig, als über äußere Handlungen und Ereignisse.

4) Die Frage, ob der Eid auch über irrelevante Thatsachen zugeschoben werden könne, ist zwar insofern allerdings zu verneinen, als der Delat einen solchen Antrag ablehnen kann, ohne sich dabei der poena jurare nolentis auszusetzen, weil hier die Delation gar nicht als eine Beweisantretung, sondern als ein bloßes Vergleichsoffert erscheint. Sollte sich aber der Delat selbst mit dem Deferenten dahin vereinigen, daß die Ent-

scheidung der ganzen Sache von diesem Schwure abhängen soll, so würde die Irrelevanz desselben der Gültigkeit jener Uebereinkunft nicht schaden.

Fr. 39. D. 12. 2.

5) Darauf, ob die zu beschwörende Thatsache als eine eigene Handlung des Delaten bezeichnet wird, oder nicht, kommt hinsichtlich der Zulässigkeit der Eidesdelation nichts an, d. h. der Delat kann die Einlassung auf den zugeschobenen Eid bloß deßhalb nicht ablehnen, weil die Handlung, in Ansehung deren er schwören soll, kein factum proprium, sondern ein factum alienum ist.

arg. Fr. 3. §. 3. D. 12. 2.

Fr. 10. D. 37. 10.

Denn die Annahme, daß in diesen Stellen nur von einem außergerichtlichen Eide die Rede sey, dürfte sich doch mit dem Inhalte derselben, im Zusammenhange aufgefaßt, nicht wohl vereinigen lassen.

Vergl. darüber: Gensler im Archiv für civ. Pr. II. S. 17—20.

Zu widersprechen scheinen zwar: Fr. 4. pr. D. 12. 3. u. Fr. 11. §. 2. Fr. 12. u. 13. D. 25. 2.; allein der letzte Grund, warum in diesen Stellen dem Delaten die Verbindlichkeit, sich auf den Eid einzulassen, nicht aufgelegt wird, ist wohl nicht in dem Umstande zu suchen, daß die zu beschwörende Handlung nicht gerade eine eigene Handlung des Delaten war.

Vgl. Gensler a. a. O. S. 11. not. 3.

Barth a. a. O. S. 46. not. 52.

Der hier angenommenen Meinung, daß auch über facta aliena der Eid deferirt werden könne, ist übrigens in neuerer Zeit auch ein ehemaliger Gegner derselben beigetreten.

Mühlenbruch, Lehre von der Cession S. 375. not. 149 a. (2te Aufl.)

6) Nicht zu verwechseln mit der eben berührten Frage ist aber die, ob Jemand einen ihm zugeschobenen Eid nicht durch die Einwendung ablehnen könne, daß ihm von der zu beschwörenden Sache nichts bekannt sey? — eine Einwendung, welche freilich (außerordentliche Fälle abgerechnet) nicht bei eigenen, sondern nur bei fremden Handlungen begründet seyn kann (woher auch die Verwechslung dieser Frage mit der vorigen herrühren mag); aber doch keineswegs bei allen fact. alienis begründet seyn muß, und auch in Beziehung auf Ereignisse und Zustände vorkommen kann, welche überhaupt nicht menschliche Handlungen sind.

Was diese Frage betrifft, so ist man darüber ziemlich einig, daß, wenn der Delat nicht nothwendig von der zu beschwörenden Thatsache sichere Kenntniß haben muß, und er ausdrücklich die Einwendung des Nichtwissens vorschützt, man ihm nicht zumuthen kann, über die objective Wahrheit oder Unwahrheit der Thatsache zu schwören.

arg. *Paul.* R. S. II. 1. §. 4.

Fr. 34. pr. D. 12. 2.

Fr. 11. §. 2. 3. Fr. 12 u. 13. D. 25. 2.

Gensler a. a. O. S. 11. not. 5.

Barth a. a. O. S. 46.

v. Savigny, Syst. VII. S. 74.

Wetzell, Syst. I. S. 174.

Auch wird jetzt zugegeben, daß jeder Delat in einem solchen Falle sein Nichtwissen eidlich bekräftigen müsse (abgesehen von dem Falle, wo sich eine scientia des Delaten von dem in Frage stehenden Verhältnisse als unmöglich darstellt), weil sonst die Einwendung des

Nichtwissens zum Nachtheile des Deferenten leicht mißbraucht werden könnte;

Martin §. 224. not. k und l.

Gensler a. a. O. S. 11.

Barth a. a. O. S. 46.

obgleich von diesem jusjurand. ignorantiae im Römischen Rechte keine ausdrückliche Erwähnung geschieht, und früherhin manche Rechtslehrer durch die Andeutung in c. 12. C. 4. 1. sich dazu bestimmen ließen, nur die Erben und Successoren Desjenigen, dessen Handlung in Frage steht, zur Einlassung auf die Leistung dieses Eides für verbunden zu halten, nicht auch andere Personen.

z. B. Mühlenbruch a. a. O. S. 575 not. unt.

Hingegen sind die Ansichten darüber noch immer abweichend,

a) welche rechtliche Natur und Wirkung der Eid über das Nichtwissen habe? — und

b) ob der Eidesantrag über das Nichtwissen nicht auch auf das Nichtglauben des Schwörensollenden ausgedehnt werden dürfe?

ad a. Was die erste Frage betrifft, so kann das jusjurand. ignorantiae entweder als ein specieller Gefährdeeid, oder auch als Surrogat des Haupteides selbst betrachtet werden. In dem ersten Falle hat die Ableistung desselben eigentlich nur die Folge, daß der Delat den Eidesantrag de veritate ohne Nachtheil ablehnen darf, ohne daß dem Deferenten dadurch die Freiheit entzogen würde, nun andere Beweismittel in Vorschlag zu bringen (wenn anders die Frist dazu noch offen steht); die Verweigerung des juram. ignorant. (als bloßen Gefährdeeides) hat aber, genau genommen, nur die Folge, daß sich der Delat nunmehr über den Haupteidesantrag de veritate sub poena recusati erklären

muß. — In dem zweiten Falle hingegen hat die Leistung und die Verweigerung dieselben Wirkungen, wie die Leistung und Verweigerung eines Eides de veritate. — Welche Natur nun dem Eide über das Nichtwissen beizulegen sey, dürfte wohl in jedem gegebenen Falle nach der Intention der Parteien zu beurtheilen seyn. Ist diese ausdrücklich erklärt, so hat die Sache ohnehin keine Schwierigkeit. Außerdem aber, und wenn sich die Absicht auch aus den Umständen nicht mit Sicherheit eruiren läßt, dürfte die Vermuthung eher dafür sprechen, daß der Deferent das jur. ignorant. nur in der Eigenschaft eines Gefährdeeides verlangen wollte.

Barth a. a. O. S. 46 u. 47.

Anderer Meinung scheinen zu seyn:

Martin, Lehrb. §. 224. not. 1. (12te Aufl.) und
Gensler im Arch. für civ. Prax. II. S. 11.

Vergleiche noch:

Dr. Friedrich Bernhard, vom Eidesantrage über fremde Handlungen. Augsburg 1823.

ad b. Was aber einen Eidesantrag de credulitate betrifft, so verwerfen denselben Einige unbedingt theils aus dem Grunde, weil der Richter durch einen Eid über Das, was eine Partei glaubt oder nicht glaubt, eben so wenig überzeugt werden könne, als durch die Aussage eines Zeugen, welcher nur angibt, was er von der Sache glaubt; theils deßwegen, weil man oft mit sich nicht darüber einig werden kann, was man von einer Sache glauben soll, also die Auflage eines Credulitätseides einen unbilligen Gewissenszwang enthalte, oder zur leichtsinnigen Behandlung des Eides führe.

Malblanc l. c. §. 44. nro. I.
v. Savigny, Syst. VII. S. 75.

Andere gehen von dem Gesichtspunkte aus, der Deferent könne sein Recht abhängig machen, wovon er wolle, also namentlich auch davon, daß der Delat sein Meinen oder Dafürhalten eidlich bekräftige, und lassen daher den Glaubenseid zu.

Reinhardt, Hdb. II. §. 238.

Dieser letzte Gesichtspunkt ist nun zwar allerdings richtig; allein es folgt daraus weiter nichts, als daß der Deferent seinem Gegner den Glaubenseid anbieten kann. Ob aber dieser auch schuldig ist, sich bei Vermeidung der gewöhnlichen Nachtheile der Recusation darauf einzulassen, ist eine andere Frage, für deren Verneinung sich zwar erhebliche allgemeine Gründe anführen lassen (welche auch den Verfasser gegenwärtiger Vorträge früher dazu bewogen hatten, der verneinenden Meinung beizutreten), die aber von dem geschichtlichen und positiven Standpunkt aus dennoch bejaht werden muß.

Denn auch abgesehen davon, daß von einer Gewissensbelästigung wenigstens dann nie die Rede seyn könnte, wenn der Delat früherhin selbst schon bestimmt vor Gericht behauptet hatte, daß er etwas glaube oder nicht glaube; daß es ferner in vielen Fällen sehr wohl möglich ist, sich durch sorgfältige Erforschung der Umstände über Glauben oder Nichtglauben schlüssig zu machen; — daß endlich der Calumnieneid immer, der Eid aber, welchen die urtheilenden Sachverständigen zu leisten haben, in der Regel ein Credulitätseid ist;

S. oben S. 287.

so kommt hiebei vorzüglich eine Vorschrift des Lehenrechtes

Feud. II. 58.

in Betracht, in welcher ausdrücklich bestimmt ist, der Nachfolger des Lehenherrn, welcher die Investitur vorgenommen haben soll, müsse schwören; se *non credere,*

investituram factam esse. — Die Einwendung, daß diese Vorschrift als eine singuläre, bloß auf Lehenverhältnisse berechnete, auf andere Streitsachen nicht ausgedehnt werden dürfe, ist unbegründet, da sich der Verfasser zur Rechtfertigung seiner Vorschrift ausdrücklich auf das Röm. Recht (c. 12. pr. C. 4. 1.) beruft, und dadurch zu erkennen gibt, daß er keineswegs etwas Singuläres für den Lehenproceß zu statuiren, sondern nur einen Satz des gemeinen Rechts auf Lehenverhältnisse anzuwenden glaubte.

Nur die Zulässigkeit einer Ausdehnung des Credulitätseides auf alle Fälle der Eidesdelation über ein factum alienum könnte aus dem Grunde bezweifelt werden, weil die angeführte Bestimmung des Lehenrechts nur von dem Falle handelt, in welchem dem successor der Eid über eine Handlung seines antecessor zugeschoben wurde, so wie auch die c. 12. pr. C. 4. 1. nur von einem juramentum *hereditarium* spricht; der Erbe aber in der Regel sich leichter darüber informiren kann, ob seinem Erblasser die von dem Deferenten behauptete Handlung mit Wahrscheinlichkeit zugemuthet werden könne, als Jemand, der über die Handlung eines Dritten den Glaubenseid leisten soll. — Auch über dieses Bedenken hat sich jedoch der Gerichtsgebrauch hinweggesetzt, wie unter anderem die herkömmliche Formel des Diffessionseides beweist, welche keineswegs bloß bei solchen Urkunden angewandt wird, welche dem antecessor des Producten zugeschrieben werden, sondern bei allen Urkunden, als deren Urheber nicht der Product selbst bezeichnet ist.

Eine ausführliche Zusammenstellung der verschiedenen Meinungen über den Credulitätseid mit specieller Angabe der Litteratur findet sich in

Schmids Handb. II. S. 349—359.

Von den neuesten Schriftstellern hat sich gegen die Zulässigkeit dieses Eides erklärt

v. Savigny, Syst. VII. S. 75.,

für dieselbe aber, nach germanischen Rechtsideen,

Wetzell, Syst. I. S. 163 flg.

Dagegen kann

7) nach canon. Rechte der Haupteid nie mehr über eine Thatsache deferirt werden, welche ohnehin schon in diesen Acten vollständig erwiesen ist.

c. 2. X. 2. 19.

Ueber die Zulässigkeit der Eidesdelation zum Beweise eines Gewohnheitsrechtes s. Dr. Georg Friedr. Puchta, Gewohnheitsrecht II. Thl. S. 193.

Barth a. a. O. S. 49. Nr. 6. und not. 55.

Wirkung.

A. Der Delation.

§. 266.

In Bezug auf den Delaten hat die Zuschiebung des Eides die Wirkung, daß er sich erklären muß, ob er den Eid annehmen oder referiren, oder endlich sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle. Zwischen diesen drei Wegen hat er in der Regel die Wahl.

Läßt er aber die zu diesem Zwecke ertheilte peremtorische Frist verstreichen, ohne sich für irgend einen derselben erklärt zu haben, so trifft ihn die poena confessi (recusati),

Fr. 34. §. 9. Fr. 38. D. 12. 2.

ausgenommen, er hätte der Zulässigkeit des Eides selbst erhebliche Einwendungen entgegengesetzt.

Für den Deferenten entsteht aber durch die bloße Delation des Eides noch gar keine Verbindlichkeit. Insbesondere ist es ihm nach

c. 11. C. 4. 1.

gestattet, den Eidesantrag wieder zurückzunehmen, und den Beweis auf andere Art zu versuchen; — wobei jedoch nach den Grundsätzen des heutigen Processes vorausgesetzt wird, daß die peremtorische Beweisfrist noch nicht abgelaufen sey. Ein Rücktritt zu der einmal revocirten Eidesdelation findet übrigens in keinem Falle mehr statt.

Schmid, Hdb. II. S. 359 flg., wo auch die abweichenden Ansichten Anderer angeführt sind.

Von der Relation des Eides.

§. 267.

Die Relation oder Zurückschiebung des Eides besteht darin, daß der Delat den Deferenten auffordert, die Behauptung selbst zu beschwören, über deren Unwahrheit er ihm zuerst einen Eid angetragen hatte. Einen solchen Gegenantrag muß sich der Deferent in der Regel immer gefallen lassen.

Nur in folgenden Fällen ist in den Gesetzen ausdrücklich eine Ausnahme gemacht:

a) wenn Jemand gegen einen Andern die furti actio anstellt, und ihm das jusjurandum deferirt. Hier kann der Beklagte dem Kläger den Eid nicht darüber zurückschieben „an ipse fur sit."

Fr. 12. D. 25. 2.

b) Bei der actio rerum amotarum, wo zwar der klagende Ehegatte dem andern den Eid „nihil diuortii

causa amotum esse“ zuschieben, dieser aber den Eid nicht zurückschieben darf.

Fr. 11. §. 1 u. 3. Fr. 13. D. 25. 2.

c) Wenn die gegen den Delaten angestellte Klage eine famosa actio ist.

c. 36. X. 2. 24.

Diese gesetzlichen Vorschriften werden gewöhnlich in der Art ausgedehnt, daß man die Eidesrelation überhaupt für unzulässig erklärt, so oft der Delat über eine solche eigene Handlung schwören soll, an welcher der Deferent nicht Theil nahm, und bei welcher derselbe auch nicht anwesend war, so daß er sie selbst hätte wahrnehmen können.

Gensler im Arch. für civ. Prax. II. S. 30. und in dem Handb. zu Martin S. 170. not. 119.

Da jedoch die ratio jener singulären Bestimmungen nicht, — wie bei dieser ausdehnenden Interpretation vorausgesetzt wird, — darin zu liegen scheint, daß man nicht schuldig sey, sich auf einen Eidesantrag über fremde Handlungen einzulassen, sondern vielmehr in der Eigenschaft der angestellten Klage (c. 36. X. cit.); so dürfte die Ausdehnung auf andere, als die in dem Gesetze bezeichneten actiones nicht zu rechtfertigen seyn. — Das muß aber freilich zugegeben werden, daß in solchen Fällen, wo der Relat von Dem, was er beschwören soll, keine Kenntniß zu haben behauptet, derselbe sich eben so, wie der Delat in gleichem Falle, mit der Einwendung des Nichtwissens schützen kann. Nur muß er in Fällen dieser Art auf das jusjur. ignorantiae gefaßt seyn, insofern es nicht ohnehin schon offenbar ist, daß er von der Sache nichts wissen könne. — In den gesetzlichen Ausnahmsfällen kann aber der Relat den Eid immer ohne Einrede und Eid des Nichtwissens ablehnen.

Ueber die verschiedenen Ansichten Anderer s.

Glück, Comment. Bd. XII. S. 319 flg.

Barth a. a. O. §. 23. S. 56.

Schmid, Hdb. II. S. 363.

Verweigert der Relat, ohne hinreichenden Befreiungsgrund, die Leistung des Eides, so trifft nun ihn die poena recusati.

Fr. 34. §. 9. D. 12. 2.

Der Relat kann übrigens von dem Referenten weder das jusjur. calumniae fordern,

Fr. 34. §. 7. D. eod.

Vgl. Fr. 25. §. 1. D. 13. 5.

noch den Eid neuerdings zurückschieben. Auch das Recht, einen anderen Beweis anstatt des Eides zu führen, wird ihm wegen Fr. 34. §. 7. D. 12. 2. und c. 12. §. 1. C. 4. 1. abgesprochen, obgleich diese Beschränkung mit der Consequenz der allgemeinen in c. 11. C. 4. 1. enthaltenen Vorschrift in Widerspruch steht.

Martin §. 227. not. d. (12te Aufl.)

Dagegen aber

Schmid a. a. O. S. 364. not. 6. 7. 8.

Wenn übrigens ein referirter Eid von Seite des Relaten aus dem Grunde abgelehnt wird, weil in dem gegebenen Falle die Relation selbst als unzulässig erscheint, so nimmt man gewöhnlich an, daß der Delat (Referent) als jurare nolens zu behandeln sey.

Glück a. a. O. S. 326. Lit. B.

Wetzell, Syst. I. S. 177. not. 32 u. 33.

Allein gesetzlich ist dieser Nachtheil nicht ausgesprochen (in Fr. 11. §. 3. D. 25. 2. heißt es nur „non videtur praetor permisisse"), und die Natur der Sache fordert wohl auch kein so strenges Präjudiz, indem daraus, daß der Delat versucht, den Gegner zum Schwören zu

bringen, noch nicht nothwendig folgt, daß er selbst nicht schwören könne, oder wolle. — Es wird daher in diesem Falle dem Delaten doch noch zu gestatten seyn, selbst zu schwören oder die Gewissensvertretung zu gebrauchen.

Noch weiter geht Barth a. a. O. S. 57.

Außerdem wird auch gewöhnlich angenommen, die Relation dürfe nur über das reine Gegentheil Dessen geschehen, worauf die Delation gerichtet war. Allein dagegen spricht

Fr. 34. §. 8. D. eod.

Linde, Lehrb. §. 281.

Nur so viel muß man zugeben, daß in dem Thema des referirten Eides kein Zusatz vorkommen darf, welcher in das Gebiet des selbständigen indirecten Gegenbeweises gehört. Denn in dieser Hinsicht würde der Eid als jusjur. delatum und nicht als relatum zu betrachten seyn.

Von der Gewissensvertretung.

§. 268.

Unter Gewissensvertretung (probatio pro exoneranda conscientia) versteht man die Erklärung des Delaten, den zu beschwörenden Satz durch andere Beweismittel darthun zu wollen. Ob dieses Mittel, sich von der necessitas jurandi zu befreien, schon den Römern bekannt war, ist nicht gewiß. Die Rechtsquellen selbst enthalten nichts davon. Indessen scheint dasselbe doch nach Quintil. insti.. orat. V. 6. der Praxis nicht ganz fremd gewesen zu seyn:

Goldschmidt, Abh. VI. §. 1.

Vgl. Barth a. a. O. S. 26 u. 57.

Vgl. jedoch v. Savigny, Syst. VII. S. 88. und Wetzell, Syst. I. S. 177. not. 35.

So, wie wir die Gewissensvertretung jetzt kennen, hat sie sich auf jeden Fall erst durch die Praxis und später durch den Einfluß des sächsischen Rechtes ausgebildet. — Daher auch das Schwankende und die abweichenden Meinungen in dieser Lehre.

Bei dem Mangel bestimmter gemeinrechtlicher Quellen würde das Detail derselben gewiß zweckmäßiger in die Vorträge über die einzelnen deutschen Particularproceßordnungen verwiesen, um so mehr, als auch in diesen eine große Verschiedenheit in den näheren Bestimmungen anzutreffen ist.

Da indessen auch in den Lehrbüchern über gemeinen Proceß, in welchen man sich zur Rechtfertigung dieses Instituts auf die Analogie der Vorschrift des canon. Rechts c. 2. X. 2. 19. beruft (Glück, Comment. XII. S. 330.), ausführlicher darüber gehandelt zu werden pflegt, so sollen wenigstens die wichtigeren Punkte auch hier berührt werden.

Als leitendes Princip in dieser Lehre scheint von den Neueren folgendes ziemlich allgemein anerkannt zu seyn:

Wer sich für die Gewissensvertretung erklärt, will dadurch den Antrag, die Entscheidung der Sache von einem Eide abhängig zu machen, nicht gänzlich zurückweisen, sondern er will nur vorher noch versuchen, ob sich nicht der Eid durch die Herstellung eines anderen Beweises entbehrlich machen lasse. Welche rechtliche Eigenschaft aber diesem Beweise beizulegen sey, darüber sind die Meinungen verschieden. Einige betrachten ihn als einen freiwillig übernommenen Hauptbeweis;

Gönner, Hdb. II. Abh. 48. §. 4. flg.

Linde, Abhandl. Bdch. I. S. 75 u. flg. und in seiner Zeitschr. III. S. 1 flg.

Andere als einen directen Gegenbeweis.

Gensler, Comm. zu Martin II. Bd. S. 21. (Ausg. von Morstadt.)

Barth a. a. O. S. 57.

Wetzell, Syst. I. S. 177. flg.

Eine ganz eigenthümliche Ansicht hat Frhr. v. Zu-Rhein in den Jahrb. des gem. d. Proc. I. Bd. I. Hft. S. 194 flg. — Dagegen aber: Linde in seiner Zeitschr. III. Bd. S. 1 flg.

Der Grund, warum man auf die Ansicht von der Eigenschaft dieses Beweises so großen Werth legte, war wohl kein anderer, als der, daß man in derselben einen sicheren Anhaltspunkt zur Entscheidung der Controverse zu gewinnen suchte, ob gegen die Gewissensvertretung ein Gegenbeweis zulässig sey oder nicht. Diese Streitfrage scheint nun zwar entschieden werden zu können, ohne gerade auf die processualische Qualität des Gewissensvertretungsbeweises Rücksicht nehmen zu müssen. (S. unten.) Will man sich aber gleichwohl auch hierüber eine bestimmte Vorstellung bilden, so dürfte die Meinung Derjenigen, welche sich die Gewissensvertretung als einen directen Gegenbeweis denken, den Vorzug verdienen. Denn der Gedanke, daß der Delat, um dem Eide zu entgehen, nur ein ihm sonst allgemein zustehendes Recht ausüben wolle, — von dem er unstreitig hätte Gebrauch machen dürfen, wenn der Producent den Beweis durch andere Mittel, als durch Eidesdelation angetreten hätte; — ist einfacher und liegt auch näher, als die Idee eines Rollentausches in dem Beweisverfahren, kraft dessen man annehmen muß, daß der Delat auf seine Freiheit von der Hauptbeweislast Verzicht leiste. — In jedem Falle wird man aber zugeben müssen, daß der Gewissensvertretungsbeweis, da in Ansehung desselben gesetzlich nichts Abweichendes verordnet ist, unter

den allgemeinen Grundsätzen des gerichtlichen Verfahrens überhaupt, und des Beweises insbesondere stehe. Hält man aber daran fest, und berücksichtiget man zugleich, daß die Gewissensvertretung nur ein vorläufiger Versuch seyn soll, den Eid überflüssig zu machen, so gelangt man zu folgenden Resultaten:

1) Die Gewissensvertretung findet in allen Fällen statt, wo der dabei zu führende Beweis nicht bereits nach der Actenlage als präcludirt erscheint. Wo aber Dieses der Fall ist, da ist auch die Gewissensvertretung ausgeschlossen, indem sich nicht nachweisen läßt, daß gerade diese Art von Beweisführung den allgemeinen Grundsätzen über Fristen und über die Folgen der Versäumung derselben nicht unterworfen sey. — Ist daher der Haupteid nur eventuell in Verbindung mit anderen gewöhnlichen Beweismitteln deferirt worden, und sind die ad proband. et reproband. im gewöhnlichen Beweisverfahren festgesetzten peremtorischen Fristen verstrichen, so kann, — wenn der gewöhnliche Beweis keinen Erfolg hatte, und daher der in eventum zugeschobene Eid an die Reihe kommt, — die Gewissensvertretung nicht mehr dagegen gebraucht werden.

Dr. Höchster in der Zeitschr. von Linde u. Marezoll Bd. IX. S. 415 flg. §. 7 u. §. 8.

Anderer Meinung ist:

Linde in derselben Zeitschr. Bd. XI. S. 124 flg.

Dabei ist es gleichgültig, ob der Delat in dem vorausgehenden gewöhnlichen Beweisverfahren wirklich einen Gegenbeweis versucht hatte oder nicht. Denn auch dann, wenn er es zu thun unterließ, ist er damit präcludirt.

Anderer Meinung ist:

Dr. Höchster a. a. O. §. 9.

2) Zur Antretung des Beweises pro exoneranda conscientia wird eine peremtorische Frist gesetzt, und wenn der Delat diese Frist versäumt, so ist der Beweis, wie sonst, als desert zu betrachten. — Außerdem wird an diese Versäumung noch die weitere Folge geknüpft, daß der deferirte Eid als verweigert gelten soll.

Martin §. 228. not. c. (12te Aufl.)
Glück, Comm. XII. S. 334. lit. a.

3) Der Beweis muß genau auf denselben Satz gerichtet werden, welcher beschworen werden sollte. Denn sonst würde der Eid dadurch nicht ersetzt, resp. überflüssig gemacht werden. — Es darf aber auch nicht etwa dieser Satz oder das Gegentheil schon durch das bisherige Verfahren juristisch gewiß geworden seyn. Denn in diesem Falle ist der Eid bereits überflüssig geworden. Daher ist die Gewissensvertretung namentlich dann unstatthaft, wenn sich a) der Delat erst dafür erklärt, nachdem er die peremtorische Frist zur Erklärung über den deferirten Eid ganz unbenützt hat vorübergehen lassen. Hier tritt nämlich in contum. die poena recusati ein, und dadurch ist die Behauptung des Deferenten zur juristischen Gewißheit erhoben. b) Wenn der Eid nur in eventum neben anderen gewöhnlichen Beweismitteln zugeschoben wurde, und durch den vorhergehenden gewöhnlichen Beweis entweder das „Wahr" oder „Nichtwahr" des Beweissatzes außer Zweifel gestellt wurde.

S. Gensler im Arch. f. civ. Prax. I. Bd. S. 159. Lit. E.

4) Die Gewissensvertretung kann durch alle gewöhnlichen Beweismittel versucht werden. Nur die Eidesdelation ist ausgeschlossen, weil diese nicht mehr als Gewissensvertretung, sondern als Zurückschiebung des Eides erscheinen würde.

Vgl. noch: Dr. Höchster a. a. O. §. 9. in Bezug auf den oben sub. nro. 1 am Ende berührten Fall.

Und gegen ihn: Linde a. a. O. S. 138 flg. — Wäre in diesem Falle überhaupt Gewissensvertretung zulässig, so würde die Beschränkung, welche Dr. Höchster statuirt, wohl als begründet zu erachten seyn.

5) Die Frage, ob gegen die Gewissensvertretung noch ein Gegenbeweis zulässig sey, scheint doch richtiger verneint zu werden, in so fern das Thema dieses Gegenbeweises wieder der ursprüngliche Hauptbeweissatz seyn würde. Denn nach der Eventualmaxime ist der Producent schuldig, alle Beweismittel rücksichtlich dieses Satzes innerhalb der peremtorischen Beweisfrist bei Vermeidung des Ausschlusses vorzuschlagen. Würde aber noch ein Gegenbeweis gegen die Gewissensvertretung zugelassen, so könnte der Producent doch noch auf diesem Wege bereits präcludirte Beweismittel nachholen. — Hierin allein scheint der wahre Grund der Unzulässigkeit des Gegenbeweises zu liegen. Denn ein anderes, ebenfalls dafür vorgebrachtes Argument, nämlich, daß der Producent durch die Delation des Eides auf den Gebrauch aller ordentlichen Beweismittel renuncirt habe, und folglich nicht mehr dazu zurückkehren könne, kann allerdings durch die Bemerkung entkräftet werden, daß jene Renunciation nur unter der Voraussetzung geschehen sey, wenn die Sache auf der einmal eingeleiteten Bahn der eidlichen Erledigung bleiben würde.

Wolffson im Arch. f. civ. Prax. XXV. S. 260 flg.

A. M. ist Dr. Höchster a. a. O. §. 4 u. 5.

Gönner, Hdb. II. 48. §. 5 flg.

Linde, Abh. S. 75 flg.

Schmid, Hdb. II. S. 369.

Nur dann ist eine Ausnahme zu machen, wenn entweder a) keine peremtorische Beweisfrist festgesetzt war, oder wenn b) die Gewissensvertretung durch einen künstlichen Beweis versucht wird, oder c) wenn der Gegenbeweis bloß auf die Unglaubwürdigkeit der zur Gewissensvertretung vorgeschlagenen Beweismittel abzielt.

6) Wenn die Gewissensvertretung gänzlich mißlingt (aber doch nicht direct gegen den Delaten selbst ausfällt, d. h. nicht die Behauptung des Deferenten als wahr darstellt), so darf der Delat wieder zu dem deferirten Eide zurückkehren, und entweder denselben annehmen oder zurückschieben. — Wenn sie zwar nicht gänzlich fehlschlägt, aber doch nur ein unvollständiges Resultat liefert, so ist, insofern mehr als halber Beweis geliefert wurde, auf den Erfüllungseid zu erkennen. Bei weniger als halbem Beweise wird dem Deferenten der Reinigungseid aufgelegt. Wenn jedoch der Delat in diesem Falle auf das Resultat seiner Beweisführung verzichtet, — was ihm wohl nicht mit Grund versagt werden kann (a. M. ist wegen analoger Anwendung des Princips der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel auf den Eid Bolgiano, vergleichende Darstell. des gem. u. bayer. Civilproc II. S. 202. not. *), — so steht es ihm dann ebenfalls frei, zu dem deferirten Eide zurückzukehren und denselben zu acceptiren. Denn außerdem würde er sich in einer nachtheiligeren Lage befinden, als wenn er gar nichts bewiesen hätte.

Noch weiter geht Schmid, Handb. II. S. 372. not. 21.

Abweichend ist die Darstellung bei Barth a. a. O. S. 61. nro. 5.

B. Wirkung der Acceptation des Eides.

§. 269.

Obwohl nach den allgemeinen Grundsätzen über Verträge kein Theil mehr einseitig zurücktreten darf, sobald einmal beide Parteien eingewilligt haben, und diese Grundsätze auch auf den freiwilligen Eid im Processe anwendbar zu seyn scheinen, so ist es doch nach einer ausdrücklichen Vorschrift Justinians dem Deferenten gestattet, auch noch nach der Acceptation von Seite des Delaten und zwar so lange den Eid zu revociren, bis das durch den Eid bedingte Definitivurtheil in Rechtskraft übergegangen ist.

c. 11. C. 4. 1.

Glück, Comm. XII. S. 301 flg.

Reinhardt, Hdb. II. §. 255.

Indessen wird freilich die Zurücknahme eines bereits acceptirten Eides jetzt kaum mehr irgend einmal einen Nutzen gewähren konnen, weil zur Zeit, da die Acceptation geschieht, die peremtorische Beweisfrist gewöhnlich schon abgelaufen ist, also der Deferent keine neuen Beweismittel mehr substituiren kann.

Martin §. 225. not. h.

Auch kann der einmal revocirte Eid nicht mehr neuerdings deferirt werden.

c. 11. C. cit.

Für den Delaten hat aber die einmal erklärte Acceptation die Wirkung, daß er weder zur Relation, noch zur Gewissensvertretung mehr zurückkehren kann.

Glück a. a. O. S. 300.

Barth a. a. O. S. 52.

A. M. ist wegen analoger Anwendung der c. 11. C. 4. 1. Schmid, Hdb. II. S. 373.

Uebrigens kann der Delat im Falle der Acceptation von dem Deferenten verlangen, daß dieser vor der Ableistung des Haupteides de calumnia schwöre.

Fr. 34. §. 4. D. 12. 2.
Fr. 11. §. 1. D. 25. 2.
Barth a. a. O. S. 53.

A. M. in Beziehung auf das heutige Recht ist v. Savigny, Syst. VII. S. 74 u. 85.

C. Wirkung der Recusation.

§. 270.

Diese besteht, vorausgesetzt daß die Eidesdelation nicht als ein bloßes Vergleichsoffert zu betrachten ist, in der poena confessi.

Fr. 34. §. 6 u. 9. Fr. 38. D. 12. 2.

Nur dann ist eine Ausnahme zu machen, wenn entweder der Delat die Zuschiebung in concreto als unzulässig darstellen kann, oder wenn sich der Deferent weigert, de calumnia zu schwören, indem in diesem letzten Falle der Haupteid selbst pro remisso gehalten wird.

Fr. 37. D. eod.

D. Folgen der wirklichen Leistung.

§. 271.

Wenn der zugeschobene oder zurückgeschobene Eid wirklich geleistet wird, so gilt die beschworene Behauptung als förmliche Wahrheit, d. h. es kann später nur noch etwa in Frage gestellt werden, ob wirklich geschworen wurde, keineswegs aber auch, ob der Inhalt des Eides mit dem objectiven Sachverhalt übereinstimme.

Fr. 5. §. 2. — Fr. 9. §. 1. — Fr. 28. §. 10.
Fr. 29 u. 30. pr. D. 12. 2.
§. 11. J. 4. 6.

Aus diesem Grunde findet auch gegen einen geleisteten freiwilligen Eid kein Gegenbeweis statt, und ein auf einen solchen Eid gebautes Urtheil kann wegen angeblicher Unwahrheit des Eides nicht mehr angefochten werden. Nach Röm. Rechte war die Anfechtung sogar dann ausgeschlossen, wenn sich der Anfechtende bereit erklärte, dem Schwörenden einen wissentlichen Meineid nachzuweisen.

Fr. 31. in f. D. 12. 2.
§. 4. J. 4. 13.
c. 1. C. 4. 1.

Nur in dem singulären Falle, wenn ein Legatar, welcher sich durch einen Eid einen Anspruch auf ein Vermächtniß erworben hatte, nachher des Meineides überwiesen werden konnte, fand eine Ausnahme statt.

c. 13. C. 4. 1.

Diese Ausnahmsbestimmung wird zwar wegen des beigefügten Motives von mehreren Juristen auf alle Fälle eines erweislichen Meineides ausgedehnt;

Schmid, Handb. II.

allein diese Ausdehnung läßt sich mit der in der c. 1. desselben Titels enthaltenen Bestimmung nicht vereinigen.

v. Savigny, Syst. VII. S. 67.

In Gemäßheit einer Vorschrift der P. H. G. O. findet jedoch allerdings ein Anspruch auf Restitution des durch den Eid gewonnenen Gutes statt, wenn Der, welcher den Eid geleistet hatte, von dem Strafgerichte wegen Meineids verurtheilt worden ist.

P. H. G. O. Art. 107.

Wegen der angegebenen Wirkung wird der Eid schon

im Röm. Rechte mit dem gerichtlichen Geständnisse und dem Urtheile auf gleiche Linie gestellt, weil auch durch confessio in jure und res judicata formelle Wahrheit entstand;

Fr. 56. D. 42. 1.
Fr. 1. pr. D. 44. 5.

und mit Rücksicht auf die Vertragsnatur des Eides wird diesem sogar eine größere Kraft beigelegt, als der res judicata

Fr. 2. D. 12. 2.
Vergl. Fr. 40. 42. pr. D. 12. 2.
Fr. 43. D. 12. 6.
Fr. 95. §. 4. D. 46. 3.
v. Savigny a. a. O. S. 66.

Gleichwie übrigens aus der res judicata eigenthümliche Rechtsmittel entsprangen, nämlich die actio judicati und die exceptio rei judicatae, eben so erzeugte auch der Eid eine actio (in factum) und die exceptio jurisjurandi;

Fr. 9. §. 1 und 6. Fr. 11. §. 1. D. 12. 2.
c. 8. C. 41.

und die Anwendbarkeit dieser Rechtsmittel war denselben Beschränkungen unterworfen, welche auch hinsichtlich der Anwendung der aus der res judicata entspringenden Rechtsmittel galten.

Fr. 3. §. 3. Fr. 7, 8. u. 9. §. 7. Fr. 10, 11. §. 3. und Fr. 12. D. 12. 2.
Fr. 7. §. 7. D. 6. 2.
Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 69.

Nach Röm. Rechte bezogen sich diese Grundsätze nicht bloß auf den gerichtlichen, sondern auch auf den außergerichtlichen Eid.

Fr. 28. §. 10. D. 12. 2.

Allein diesem letzteren (welcher übrigens ohnehin nicht

in die Proceßtheorie gehört) wird heutzutage von Mehreren die rechtliche Wirksamkeit abgesprochen, welche ihm das Röm. Recht beilegt, z. B. von

v. Savigny a. a. O. S. 85.

Hinsichtlich des gerichtlich zugeschobenen Eides sind jedoch noch folgende Bemerkungen beizufügen:

Zur Zeit des Formularprocesses war die Wirkung der gerichtlichen Eidesleistung verschieden, je nachdem diese *in jure* oder *in judicio* geschehen war. — In dem ersten Falle kam es darauf an, ob der Kläger oder der Beklagte den ihm zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eid geleistet hatte. — Wenn der Kläger geschworen hatte, und zwar, daß ihm der Beklagte eine bestimmte Geldsumme schuldig sey, so war damit Alles abgethan. Es erfolgte weder eine litis contestatio, noch die Anordnung eines judicium, sondern der Kläger konnte nöthigenfalls sofort auf obrigkeitliche Execution antragen.

Fr. 34. §. 6. D. 12. 2.

War aber der Gegenstand des von dem Kläger geleisteten Eides nicht eine bestimmte Geldschuld, so mußte zwar zum Behufe der Ausmittlung des Geldwerthes noch ein judicium angeordnet werden; allein die formula beschränkte sich in diesem Falle doch nur auf die Feststellung des Werthes allein, ohne dem judex auch, wie sonst, die Untersuchung der Wahrheit des klägerischen Anspruches selbst aufzutragen, welche ja bereits durch den in jure geleisteten Eid vollständig erwiesen war.

v. Savigny, Syst. VII. S. 77.

Hatte sich aber der Beklagte von dem Anspruche des Klägers in jure freigeschworen, so kam es gleichfalls zu keinem weiteren Verfahren mehr. Der Prätor versagte in diesem Falle die Anordnung eines judicium,

und der Eid hatte für den Beklagten die Wirkung eines freisprechenden Urtheils.

Fr. 7—9. pr. — Fr. 34. §. 7. D. 12. 2.

Wurde aber von dem Kläger der Versuch gemacht, dieselbe Klage wider denselben Beklagten neuerdings anzustellen, so konnte sich der Letztere mit der exceptio jurisjurandi schützen.

Anders verhielt sich zum Theile die Sache mit dem Eide in judicio. Daß die Zuschiebung des Eides auch vor dem judex noch zulässig war; — daß der Delat auch hier bei Vermeidung der Annahme eines Geständnisses entweder den Eid selbst leisten, oder denselben referiren mußte; — endlich, daß die wirkliche Eidesleistung die beschworene Behauptung zur vollen Gewißheit brachte, kann zwar mit Grund nicht bezweifelt werden.

v. Savigny a. a. O. S. 79 flg.

Wetzell, Syst. I. S. 175. not. 28.

Aber ein Surrogat des Urtheils war der in judicio geleistete Eid nicht, indem der judex in jedem Falle, der Eid mochte wirklich geschworen oder verweigert worden seyn, ein diesem Vorgange angemessenes Urtheil zu sprechen verpflichtet war.

Fr. 34. §. 8 u. 9. D. 12. 2.

Fr. 21. D. 4. 3.

Fr. 25. §. 3. D. 22. 3.

Vgl. c. 11. C. 7. 45.

Diese Verbindlichkeit des Richters, auch im Falle einer Eidesleistung ein Urtheil zu erlassen, hat sich auch nach dem Untergange des ordo judiciorum erhalten, und ist im Justinianischen Rechte ausdrücklich bestätigt.

c. 12. C. 4. 1.

Die Erlassung des Eides (remissio) hat übrigens dieselbe Wirkung wie die wirkliche Leistung desselben.

Fr. 6. und Fr. 9. §. 1. D. 12. 2.

Die Frage aber, ob der Eid als geleistet zu betrachten sey, wenn die Partei, welche ihn bereits acceptirt hatte, durch den Tod an der wirklichen Ableistung desselben verhindert wurde, wird gewiß richtiger verneint. Denn eine directe Bestätigung des Satzes: „mortem loco jurisjurandi esse" findet sich nirgendwo in den Gesetzen; die allgemeine Bemerkung in c. 6. C. 9. 27. kann hiebei um so weniger in Betracht kommen, als dieselbe jedenfalls durch eine Gegenbemerkung in Nov. 18. c. 6. aufgewogen werden könnte; endlich hätte der Uebelstand, zu dessen Abwendung Justinian die c. 12. C. 4. 1. zu erlassen sich bewogen fand, nicht eintreten können, wenn der Tod des Delaten die Eidesleistung ersetzt hätte. — In dem Falle, wo die wirkliche Eidesleistung bei Lebzeiten des dazu Verpflichteten durch bloßen Zufall verhindert wurde, wird die Richtigkeit dieser Ansicht jetzt auch nicht mehr bezweifelt, und noch weniger kann sie dann bezweifelt werden, wenn etwa der Verpflichtete selbst auf schuldhafte Weise die Leistung des Eides verzögerte, indem hier eher die Frage entstehen könnte, ob nicht der Eid als desert (recusirt) zu erachten sey (was sich aber wohl auch nicht mit Grund behaupten läßt). Nur in dem Falle könnte die Meinung, daß der Eid post mortem pro praestito zu halten sey, mit einigem Grunde vertheidigt werden, wenn der Deferent selbst es war, welcher den Delaten an der Leistung des deferirten Eides durch absichtliche Verzögerungen hinderte, indem man hiefür die allgemeinen Regeln in Fr. 39 u. 161. D. 50. 17. und Fr. 24. D. 35. 1. anführen könnte. Allein auch in diesem Falle ist es bedenklich, die bloße Acceptation des Eides der wirklichen Leistung gleichzusetzen, indem es immer möglich bleibt, daß der Delat, auch wenn er am Leben geblieben wäre, vielleicht doch nicht geschworen hätte. — Höchstens

dürfte in diesem Falle der Deferent anzuhalten seyn, sich mit einem Eide der Erben des Delaten de ignorantia und de credulitate zu begnügen.

v. Lindelof im Arch. für civ. Prar. Bd. IV. S. 423 flg.

A. M. Glück, Comm. XII. S. 307 flg

Vgl. Linde, Lehrb. §. 311. (5te Aufl.)

Daß übrigens dem Deferenten in den beiden ersten Fällen auch ohne *restit. in integr.* der Rückgriff zu anderen Beweismitteln frei stehe, läßt sich mit der Eventualmaxime nicht vereinigen.

Siehe über das Ganze:

Schmid, Handb. II. S. 380—386.

Von dem Erfüllungs- und Reinigungseide.

§. 272.

Diese beiden Eide sind eigentlich Nothbehelfe für den Richter. Wenn nämlich der einer Partei aufgelegte Beweis unvollständig ausgefallen ist, so kann der Richter die Gegenpartei, genau genommen, weder verurtheilen, noch lossprechen: Ersteres nicht, weil die condemnatio eine volle juristische Ueberzeugung von der Wahrheit des Ausspruches voraussetzt; — aber auch Letzteres nicht, weil selbst im Falle eines gänzlich mißlungenen Beweises nichts anderes erfolgen kann, als Lossprechung, dieser Fall aber mit dem eines unvollständig gelieferten Beweises doch nach der Natur der Sache nicht auf eine Linie gestellt werden kann. Damit nun der Richter nicht in die Nothwendigkeit versetzt werde, ein „non liquet“ auszusprechen, und dadurch die streitenden Theile gleichsam

zur Selbsthülfe zu verweisen, so ist es ihm gestattet, den Eid zu Hülfe zu nehmen, und entweder dem Producenten ein jusjur. aufzulegen, um dadurch den unvollständigen Beweis zu ergänzen (jur. *suppletorium*, Erfüllungseid), oder dem Producten, um dadurch jenen Beweis gänzlich zu vernichten (Reinigungseid, jur. *purgatorium*).

Als Hülfsmittel für den Richter bei mangelhaften Beweisen kommt der Eid schon im Römischen Rechte vor Justinian vor.

Fr. 31. D. 12. 2.
c. 3. C. 4. 1.
c. 12. C. eod.
Malblanc l. c. §. 71.

Die Unterscheidung zwischen suppletorium und purg. so wie die jetzt geltenden näheren Bestimmungen über die Anwendbarkeit dieser Eide gehören aber freilich einer späteren Zeit an; denn das Röm. Recht enthält nur die allgemeine Vorschrift, in causis dubiis, oder propter inopiam probationum dürfe der Richter das jusjurandum zu Hülfe nehmen; alles Uebrige war in sein Ermessen gestellt.

Zur Ausbildung der jetzt herrschenden Ansichten über den Unterschied und den Gebrauch des Erfüllungs- und Reinigungseides hat vorzüglich das canonische Recht — c. 36. §. 1. X. 2. 24. — beigetragen.

Vgl. *Malblanc* §. 109 sq.
Wetzell, Syst. I. S. 167 flg.

Von dem jusjur. volunt. sind diese beiden jur. necessaria wesentlich verschieden.

Denn

1) jenes wird einer Partei von der andern deferirt; diese dagegen können nur von dem Richter aufgelegt werden, weil nur er zu beurtheilen hat, ob und in welchem

Grade der Beweis unvollständig geliefert wurde. Daher findet auch hier keine Zurückschiebung statt, und eben so wenig ein jur. calumniae.

Vinnii sel. qu. l. I. qu. 43.

2) Das jur. vol. kann zugeschoben werden, wenn gleich noch gar nichts bewiesen ist. Die jur. necessaria setzen immer wenigstens einigen Beweis voraus.

3) Die Delation des Haupteides findet heutzutage der richtigern Ansicht zufolge nur so lange statt, als die peremtorische Beweisfrist noch nicht abgelaufen ist. Bei den nothwendigen Eiden verhält sich die Sache gerade umgekehrt. Diese dürfen gar nicht früher aufgelegt werden, als bis die Beweisführung geschlossen, und die Herstellung eines anderweitigen besseren Beweises nach processualischen Grundsätzen nicht mehr zuläßig ist; denn nur unter dieser Voraussetzung befindet sich der Richter wirklich in jenem Nothzustande, welcher ihn zur Benützung dieser Eide berechtigt. Ist daher ein anticipirter Beweis unvollständig ausgefallen, und der Richter hat übersehen, eine peremtorische Frist zu bestimmen, so kann nur auf besseren Beweis, aber nicht auf ein jur. necessar. erkannt werden. — In diesem Umstande, daß die nothwendigen Eide erst nach eingetretener Präclusion aller übrigen Beweismittel aufgelegt werden dürfen, liegt auch der Grund, warum hier die Gewissensvertretung ausgeschlossen ist, indem durch diese, wenn sie gestattet wäre, auch versäumte Beweismittel wieder nachgeholt werden könnten.

A. M. Overbeck, Medit. IX. 406.

Danz, ord. Pr. §. 363.

Da übrigens diese Eide auf einem Nothrechte des Richters beruhen, so kann er dieselben auch unaufgefordert (von Amtswegen) auflegen.

Ueber die Frage, ob im einzelnen Falle das supplet. oder das purg. aufgelegt werden soll, haben sich, wohl mit Rücksicht auf c. 36. §. 1. X. 2. 24., folgende Grundsätze gebildet:

I. Hat der Beweisführer mehr als halben Beweis geliefert, so ist er zum Erfüllungseide, — hat er aber

II. weniger als halben Beweis hergestellt, so ist der Product zum Reinigungseide zuzulassen.

Ob übrigens mehr oder weniger als halber Beweis geliefert sey, hat der Richter zu beurtheilen.

III. Wenn gerade halber Beweis geliefert worden seyn sollte, d. h. wenn der Richter auch nach der sorgfältigsten Prüfung und Abwägung des Beweises zwar mehr, als bloß eine schwache Vermuthung für die Behauptung des Beweisführers begründet fände, aber doch kein entschiedenes Uebergewicht der Wahrscheinlichkeit, so würde er sich an folgende Regeln zu halten haben:

1) Wenn bei einer Partei bessere Kenntniß der Sache vorausgesetzt werden kann, als bei der andern, so ist jene zum Eide zuzulassen, dieser mag nun nach Beschaffenheit der Parteirolle der Erfüllungs- oder der Reinigungseid seyn.

2) Ist die Sachkenntniß auf beiden Seiten gleich, so entscheidet der höhere Grad persönlicher Glaubwürdigkeit.

3) Läßt sich auch in dieser Beziehung kein Unterschied finden, so ist darauf zu sehen, ob nicht etwa die Sache einer Partei eine gesetzliche Begünstigung genießt, z. B. Fr. 85. D. 50. 17. Ist dieses wirklich der Fall, so soll der Vertheidiger der begünstigten Sache zum Eide zugelassen werden. — Widrigenfalls ist aber nach dem allgemeinen Grundsatze in Fr. 125. D. 50. 17. dem Beklagten der Eid aufzulegen. In den Gesetzen kommen

zwar diese Regeln keineswegs ausdrücklich vor, welche vielmehr alles dem arbitrium judicis überlassen;

c. 36. §. 1. X. 2. 24.

allein sie sind doch die natürlichsten Anhaltspunkte für das arbitrium judicis selbst.

Was die Wirkung dieser beiden Eide betrifft, so ergibt sich dieselbe schon aus den Benennungen. Durch die Leistung des Erfüllungseides wird nämlich der unvollständige Beweis ergänzt; durch das purg. wird er gänzlich entkräftet. Die Recusation hat bei beiden die Folge, daß dasjenige als eingestanden angenommen wird, wovon das Gegentheil hätte beschworen werden sollen. Wird also das supplet. verweigert, so verliert der mehr als halbe Beweis seine Kraft; die Verweigerung des purg. erhebt aber den weniger als halben Beweis zum vollständigen. — Ist übrigens ein solcher Eid einmal ausgeschworen, so findet zwar in der Regel auch kein Gegenbeweis mehr statt; — indessen ist hievon doch dann eine Ausnahme zu machen, wenn man erst später neue Beweismittel entdeckt.

Fr. 31. D. 12. 2.

Fr. 4. §. 3. 12. 3.

Auf die Beschaffenheit der Beweismittel kommt hiebei nichts an, weil der in Fr. 31. cit. gebrauchte Ausdruck „instrumenta" alle Beweismittel umfaßt. Wohl aber muß der Reprobant auf Verlangen beschwören, daß ihm die Beweismittel früher nicht bekannt waren.

Overbeck, Med. IX. med. 465.

Hinsichtlich der Frage, ob ein nothwendiger Eid auch de credulitate aufgelegt werden könne, s. Dr. F. Hartter, über den Glaubenseid, als Beweisergänzungsmittel. Regensburg 1831. Ueber die Behandlung

des Notheides in Beziehung auf Gemeinden und Streitgenossen s. Schmid Handb. II. S. 417 flg.

Von dem jusjurandum in litem.

Prakt. II
§. 207

§. 273.

Wenn Jemand durch die widerrechtliche Handlung oder Unterlassung eines Andern Schaden gelitten hat, so muß er, um auf gerichtlichem Wege die Vergütung dieses Schadens (sey es nun bloß die aestimatio rei, oder das Interesse) zu erlangen, in der Regel die Größe desselben durch die gewöhnlichen hiezu geeigneten Beweismittel herzustellen suchen. In einigen Fällen ist es jedoch dem Beschädigten gestattet, den Schaden selbst zu schätzen, und auf den Betrag dieser Selbstschätzung kann der Richter die condemnatio stellen, wenn dieselbe durch einen Eid bekräftigt wird. Dieser Eid heißt jusjur. in litem (Schätzungs-, Würderungs-Eid). Die Fälle, in welchen er nach Röm. Rechte stattfindet, sind jedoch nur folgende:

1) Wenn bei den auf ein restituere oder exhibere gerichteten arbitrariae actiones der zum Restituiren oder Exhibiren der Sache in natura verurtheilte Beklagte diesem Urtheile nicht Folge leistet, und ihm die Sache auch nicht durch directen Zwang (manu militari) abgenommen werden kann. — Die allgemeine Bestimmung hierüber s. in Fr. 68. D 6. 1. — Beispiele in Fr. 16. §. 3. D. 20. 1. — Fr. 18. pr. D. 4. 3. — In Bezug auf die actio ad exhibendum, welche auch den arbitrar. act. beigezählt wird, (§. 31. J. 4. 6.) s. Fr. 3. §. 2. und Fr. 5. §. 2. D. 10. 4. — Fr. 5. pr. und Fr. 10. D. 12. 3.

2) Bei actionibus bonae fidei; aber wahrscheinlich

nicht schlechthin in allen Fällen, sondern auch nur dann, wenn die Klage auf ein restituere gerichtet ist, und der Beklagte die Sache in natura nicht restituirt, oder restituiren kann. — Z. B. Fr. 48. §. 1. D. 19. 2. — Fr. 1. §. 26. D. 16. 3. — Fr. 8. D. 12. 3. Fr. 25. §. 1. D. 24. 3. — In Fr. 5. pr. D. 12. 3. und Fr. 3. §. 2. D. 13. 6. wird freilich von der Anwendbarkeit des jur. in litem auf act. b. f. in so allgemeinen Ausdrücken gesprochen, daß sich die gewöhnliche Ausdehnung dieses Eides auf alle Klagen dieser Art wohl erklären läßt. — Allein der Zusammenhang der ganzen Lehre und die Natur dieses Eides nach Röm. Rechte sprechen doch mehr für obige Einschränkung.

Vgl. darüber besonders: v. Schröter in der Zeitschr. von Linde und Marezoll Bd. VII. S. 371 flg.

Hingegen bei actionibus stricti juris ist das jusjur. in litem in seiner eigenthümlichen Bedeutung ausgeschlossen. Nur als Nothbehelf zur Unterstützung der *aestimatio* des *judex* kann auch hier ein Eid vorkommen, welcher aber nur auf den wahren Geldwerth der Sache zu richten ist, und nur dann stattfindet, wenn dem Kläger der Beweis dieses Werthes durch mora oder culpa des Beklagten unmöglich gemacht wurde.

Fr. 5. §. 4. u. Fr. 6. D. 12. 3.

v. Schröter a. a. O. S. 382 flg.

Aber auch in diesen Fällen ist das jusjur. in litem nur unter folgenden Voraussetzungen zulässig:

1) Der Beklagte muß sich in dolo oder culpa lata befinden; also, wenn ihm die Restitution oder Exhibition einer Sache aufgelegt ist, dieselbe verweigern, obwohl er im Stande wäre, der Auflage Folge zu leisten (*contumacia* non restituentis vel non exhibentis), — oder sich absichtlich außer Stand gesetzt haben, den Auftrag

befolgen zu können (*dolo fecisse, quo minus possit restituere*).

Fr. 2. §. 1. Fr. 5. §. 3. D. 12. 3.
Fr. 68. D. 6. 1.
c. 2. C. 5. 53.

Außerdem wird nicht der Kläger zum Schätzungseide zugelassen, sondern es muß eine Schätzung durch die gewöhnlichen hiezu geeigneten Mittel versucht werden (judex aestimat, quanti ea res est).

Fr. 4. §. 4. Fr. 5. §. 3. D. 12. 3.
c. 2. C. 5. 53.

Sollte eine aestimatio auf gewöhnlichem Wege nicht möglich seyn, so darf zwar der Richter auch in diesem Falle zur Eidesauflage seine Zuflucht nehmen:

arg. Fr. 5. §. 4. D. 12. 3.

allein der Eid ist dann eigentlich kein jusjurandum in litem.

2) Der Verlust des Klägers muß von der Art seyn, daß eine Schätzung desselben nach der Beschaffenheit des Objects als nothwendig erscheint, weßhalb z. B. das jusjur. in litem in dem Falle, wo bloß auf Zurückgabe eines bestimmten Gelddepositums geklagt wurde, ausgeschlossen ist.

Fr. 3. D. 12. 3.

3) Das Recht des Klägers, und die Verbindlichkeit des Beklagten an sich muß bereits erwiesen seyn, und eben so auch der dolus oder die lata culpa des Letzteren; denn durch das jusjur. in litem soll nur die Größe des Werthes, oder das Interesse ermittelt werden. — Dagegen ist

4) dieser Eid kein subsidiarisches Beweismittel, d. h. er findet nicht etwa nur dann statt, wenn die

Größe des Schadens auf andere Art gar nicht hergestellt werden kann.

Die Auflage des Eides hängt zwar von dem Ermessen des Richters ab,

Fr. 4. §. 1. Fr. 5. §. 1. D. eod.

und daher dürfte sich die Behauptung kaum rechtfertigen lassen, daß der Kläger binnen der peremtorischen Beweisfrist ausdrücklich darauf antragen müsse;

A. M. Gensler im Arch. IV. S. 295.

allein so weit geht gewiß das arbitrium judicis nicht, daß er den Eid, ungeachtet des Vorhandenseyns aller gesetzlichen Erfordernisse, doch verweigern dürfte. Auch entsteht durch die richterliche Auflage für den Kläger keine Verbindlichkeit, zu schwören, — weil er ja auf diesen Vortheil auch verzichten kann; — sondern, wenn er es vorzieht, den Betrag des Schadens auf andere Art zu beweisen, so muß er mit diesem Antrage gehört werden.

Fr. 71. D. 6. 1.

c. 2. C. 5. 53.

Vgl. v. Schröter a. a. O. S. 404 flg.

Sollte der Beklagte selbst den Kläger zur eidlichen Schätzung aufgefordert haben, so würde diese Aufforderung als eine gewöhnliche Eidesdelation zu betrachten seyn. Die freiwillige Eideszuschiebung gerade hier für unstatthaft zu halten, dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden. — Nicht dagegen ist: Fr. 4. §. 1. D. 12. 3.

Unter den gedachten Voraussetzungen ist übrigens die Schätzung des Werthes oder des Interesse dem Gewissen des Schwörenden überlassen.

Fr. 4. §. 2. D. 12. 3.

Fr. 68. D. 6. 1.

Fr. 5. §. 1. D. 2. 7.

Hieraus ergibt sich der für die Bestimmung der Eigenthümlichkeit dieses Eides entscheidende, und auch schon von den römischen Juristen ausdrücklich angegebene Gesichtspunkt, daß das jusjur. in litem eine Strafe des dolus und der contumacia seyn soll.

Fr. 8. D. 12. 3.

Vergl. Fr. 60. §. 1. D. 35. 2.

Fr. 1. D. 12. 3.

A. M. ist: Wirschinger, Versuch einer neuen Theorie über das jur. in lit. Landsh. 1806. §. 71.

Damit jedoch diese Strafe nicht zu unverhältnißmäßig ausfalle, und der Kläger die ihm dargebotene Gelegenheit nicht willkürlich mißbrauche, ist es dem Richter erlaubt, ein Maximum festzusetzen, welches der Schwörende nicht überschreiten darf.

Fr. 4. §. 2. Fr. 5. §. 1. D. 12. 3.

Fr. 18. pr. D. 4. 3.

Ja selbst nach geleistetem Eide noch kann das beschworene Quantum moderirt, aus erheblichen und erst später entdeckten Gründen sogar der Beklagte gänzlich losgesprochen werden.

Fr. 4. §. 3. Fr. 5. §. 2. D. 12. 3.

Vgl. hierüber besonders: v. Schröter a. a. O. S. 395 bis 404.

Von dem s. g. juramentum Zenonianum.

§. 274.

Das jur. Zenonianum, — so genannt nach dem Urheber desselben, Kaiser Zeno, dessen Verordnung c. 9. C. 8. 4. auch in das canonische Recht c. 7. X. 1. 40. übergegangen ist, findet bei Klagen wegen gewalt-

samer Besitzentsetzungen statt. Wenn nämlich nur die Gewaltthat an sich eingestanden oder erwiesen ist, so wird der Beschädigte darüber zum Eide zugelassen, daß er bei der Entsetzung bewegliche Sachen eingebüßt habe, und wie viel diese Sachen werth waren. — Das jur. Zenon. ist daher eigentlich nichts anderes, als ein jusjurand. in litem. — Nur darin weicht es von demselben ab, daß es a) nur in subsidium, d. h. dann zugelassen werden soll, wenn der Entsetzte nicht im Stande ist, zu beweisen, welche einzelnen Sachen er eingebüßt habe; und daß b) hier immer durch vorgängige richterliche Taxation ein Maximum festgesetzt wird, welches nicht überschworen werden darf.

Vergl. v. Schröter a. a. O. S. 409 flg.

v. Savigny, Recht des Besitzes (6te Aufl.) §. 40. S. 539. not. 1.

Von dem s. g. jur. quantitatis.

§. 275.

Das jur. quantit. wird in dem Falle angewandt, wenn zwar der Grund und die Existenz einer Forderung vollkommen erwiesen, aber der Betrag derselben noch ungewiß ist. — Ueber die rechtliche Natur dieses Eides sind die Meinungen sehr verschieden. Einige betrachten ihn als ein suppletorium, Andere als ein jusjur. in litem, wieder andere endlich als eine eigene für sich bestehende Gattung. Um zu einer richtigen Ansicht zu gelangen, scheinen folgende Fälle unterschieden werden zu müssen: A) Der Kläger hat nicht nur die Existenz seines Forderungsrechtes vollständig, sondern auch den Betrag der Forderung mehr als halb bewiesen. In diesem Falle ist das jur. quant. nichts Anderes, als ein gewöhnlicher

Erfüllungseid, und hat daher nichts Besonderes. — B) Die Größe der Forderung ist noch ganz unerwiesen. Hier kommt es darauf an, ob die Erfordernisse des jur. in litem vorhanden sind oder nicht. — In dem ersten Falle ist der Quantitätseid wirklich ein jur. in litem. In dem zweiten dagegen, und wenn auch der Fall des Fr. 5. §. 4. D. 12. 3. nicht gegeben ist (S. oben), müßte man allerdings das jur. quantit. als einen eigenen für sich bestehenden Eid ansehen. Allein eben hier entsteht die Frage, ob, abgesehen von der Praxis, in den Quellen des gemeinen Processes dieser Eid begründet sey oder nicht? Auf Fr. 1. §. 40. D. 16. 3. kann man sich hiebei nicht berufen; denn vergleicht man diese Stelle mit dem, einen ganz ähnlichen Fall behandelnden Fr. 19. §. 4. D. 47. 2., so enthält sie weiter nichts, als die Bestimmung, daß sich der Kläger durch einen Eid von der Verbindlichkeit befreien könne, den Gegenstand der Klage so genau zu beschreiben, als es sonst nothwendig wäre. — Auch das canonische Recht c. 32. X. 2. 24. spricht nicht von einem Falle, wo die Größe der Forderung als absolut ungewiß vorausgesetzt werden müßte; und die allgemeine Vorschrift der c. 3. C. 4. 1. auch auf den Fall anzuwenden, wo bloß die Existenz der Forderung, deren Betrag aber durchaus gar nicht bewiesen wurde, ist nicht bloß wegen des gefährlichen Mißbrauchs bedenklich, der unter dieser Voraussetzung von dem Quantitätseide gemacht werden könnte, sondern auch wegen der Zweideutigkeit des in jener Stelle vorkommenden Ausdruckes „*inopia*" und wegen des Widerspruches, in welchen man bei dieser Auslegung mit dem allgemeinen Grundsatze des c. ult. X. 2. 24. geräth.

F. B. Busch im Arch. für d. civ. Prax. Bd. XXI. S. 206 flg.

Vgl. *G. A. Rapp,* de jurejur. suppl. ad quant. debiti pert. Heidelb. 1816.

In den gesetzlichen Quellen des gemeinen Rechts dürfte daher dieses juram. quantit. keine hinreichende Stütze finden. — Bei dem s. g. juram. expensarum, welches man nach c. 13. §. 6. C. 3. 1. und C. G. O. v. 1555 Thl. I. Tit. 66—68. allerdings als gesetzlich begründet anerkennen muß, läßt sich die Größe der gehabten Auslagen wenigstens approximativ bestimmen. Hier ist also das Quantum nicht absolut ungewiß, und insofern läßt sich dieser Eid noch am ehesten rechtfertigen. Selbst eine analoge Ausdehnung auf Fälle ähnlicher Art dürfte nicht geradehin zu mißbilligen seyn. Allein die Anwendung des Quantitätseides auch bei absolut ungewissem Forderungsbetrage kann gewiß auch durch diese Gesetze nicht gerechtfertigt werden. Wenn übrigens die Schriftsteller, welche den Quantitätseid gleichwohl auch auf Fälle dieser Art ausdehnen, dem Richter hiebei große Vorsicht und gewissenhafte Erwägung aller Umstände und persönlichen Verhältnisse zur Pflicht machen,

s. Strube, I. Bd. 35.

so ist Dieses umsomehr zu billigen, als selbst bei dem jusjur. in litem das arbitr. jud. nicht ausgeschlossen ist.

Vergl. überhaupt Wetzell Syst. I. S. 171 not. 16.

Anhang.

§. 276.

Außer den bisher abgehandelten Eiden kommen im Civilprocesse noch manche andere unter verschiedenen Benennungen, zum Theile auch mit besonderen Eigenthüm-

lichkeiten vor. Allein einige derselben gehören eigentlich gar nicht der Theorie vom Beweise an, wie z. B. das jusjur. *calumniae s. malitiae*; andere enthalten nur eine specielle Anwendung der bisher vorgetragenen Grundsätze auf einen bestimmten Fall, z. B. das s. g. *jur. perhorresc.*; — noch andere endlich werden zweckmäßiger im Zusammenhange mit den einzelnen processualischen Handlungen vorgetragen, bei welchen sie zunächst vorkommen, z. B. das jur. *diffessionis* (unten bei der Darstellung des Urkundenbeweisverfahrens); das jur. editionis (bei der Lehre von der editio docum.).

Nur über den s. g. Manifestations- oder Offenbarungs-Eid mögen noch einige Bemerkungen hier Raum finden. — Der Ursprung dieses Eides ist in dem Römischen Rechte zu suchen, obgleich die jetzt übliche Benennung desselben dort nicht vorkommt, und nur in einem einzelnen Falle davon Erwähnung geschieht. In der c. 22. §. 10. C. 6. 30. verordnete nämlich Justinian, daß, wenn die Erbschaftsgläubiger, die Legatarien oder Fideicommissarien vermuthen, daß der Erblasser mehr Vermögen hinterlassen habe, als sich in dem Inventarium verzeichnet findet, dieselben das Recht haben sollten, in Ermanglung anderer Beweismittel, von dem Erben einen Eid hierüber zu fordern. — Diese Verordnung Justinians ist nun späterhin in der Art ausgedehnt worden, daß man diesen Eid überhaupt in allen Fällen zuläßt, so oft Jemand fremdes Vermögen (z. B. als Tutor, Curator, Verwalter u. dgl.) unter seinen Händen hatte; oder so oft Jemand mit seinem eigenen Vermögen Anderen verhaftet ist, und der Verdacht entsteht, daß er zum Nachtheile der Berechtigten den Stand desselben nicht genau angezeigt habe. In der letzteren Beziehung kommt dieser Eid jetzt im Executionsverfahren und im Concursprocesse vor.

S. meine Theorie des Concursproc. S. 125 not. 7.
Vgl. überhaupt: *Malblanc* de jurejur. §. 48.
Fredersdorf, Anweis. für angeh. Justizbeamt. III. Bd. S. 10 flg.
Rödiger, Vers. einer vollständ. Entwickelung der Lehre vom Manifestationseide. Leipz. 1831.
Wetzell Syst. I. S. 181 flg.

Von dem Beweisverfahren.

Im Allgemeinen.

§. 277.

Die Form des Beweisverfahrens hängt zwar allerdings in vielfacher Beziehung von der eigenthümlichen Beschaffenheit der Beweismittel ab, deren sich der Producent in concreto bedient. Indessen findet sich doch, ungeachtet der hiedurch entstehenden Abweichungen und Verschiedenheiten, manches Gemeinsame, von der Qualität des gewählten Beweismittels Unabhängige. So lassen sich namentlich in jedem Beweisverfahren zwei Abschnitte, nämlich die Antretung des Beweises und das s. g. Productionsverfahren im weiteren Sinne; — in den meisten Fällen aber auch noch ein dritter Abschnitt, nämlich das Haupt- oder Schlußverfahren, unterscheiden. In Bezug auf jeden dieser Abschnitte sind aber einige allgemeine Grundsätze zu bemerken, welche eben ihrer Allgemeinheit wegen in der Darstellung des Verfahrens bei den einzelnen Beweismitteln nicht zweckmäßig vorgetragen werden könnten.

I. Von der Antretung des Beweises.

§. 278.

Beweisantretung ist die Erklärung eines streitenden Theiles, den ihm aufgelegten oder vorbehaltenen Beweis übernehmen zu wollen, verbunden mit der Anzeige seiner Beweismittel. Diese Erklärung muß

I. innerhalb der zu diesem Zwecke festgesetzten Frist geschehen.

II. Wenn dem Producenten in Ansehung desselben Satzes mehrere Beweismittel zu Gebote stehen, so kann er 1) unter diesen frei wählen. Nur in wenigen Ausnahmsfällen ist diese Wahl beschränkt.

Vergl. darüber:
c. 2. C. 4. 20.
§. 12. I. 2. 23. — c. 32. C. 6. 42.
c. 18. C. 4. 20. — Nov. 90. c. 2.
c. 13. C. 4. 30.
c. 3. C. 2. 43.
Schmid Handb. II. S. 199 not. 46.

Der Beweisführer kann selbst mit Hintansetzung anderer ihm etwa zu Gebote stehenden Beweismittel seinem Gegner sofort den Haupteid zuschieben. — Gefährlich ist zwar dieses, und eben daher wird es auch selten vorkommen; daß es aber unstatthaft sey, läßt sich weder aus c. 26. X. 2. 24., noch weniger aus c. 2. X. 2. 19. beweisen. Der Producent kann aber auch 2) alle ihm zu Gebote stehenden, zulässigen Beweismittel cumuliren, sie mögen nun gleichartig seyn oder nicht. Nur soll a) nach c. 37. X. 2. 20. eine übermäßige Anzahl von Zeugen nicht zugelassen werden, und b) wenn der Producent in Verbindung mit anderen Beweismitteln über denselben

Satz auch den Haupteid zuschieben will, so kann dieses nur eventuell geschehen.

H. Linde, im Arch. VI. S. 188 flg.

Gensler im Arch. I. S. 155 flg.

Martin §. 186.

Schmid Hdb. II. S. 196 u. 197.

Von der Beweisfrist insbesondere.

§. 279.

In den meisten deutschen Ländern ist die Beweisfrist durch Particulargesetze bestimmt. Nach gemeinem Rechte hängt aber die Bestimmung derselben von dem Richter ab, d. h. wenn dieser nicht ausdrücklich einen Zeitraum vorschreibt, binnen dessen der Beweis angetreten werden soll, so muß die Partei immer noch damit zugelassen werden. Die Stellen aus dem röm. und canon. Rechte, auf welche man sich berufen hat, um auch nach gemeinem Rechte eine gesetzliche Beweisfrist zu vertheidigen, beziehen sich entweder nur auf ganz singuläre Fälle, wie z. B. Fr. 46. §. 4. D. 49. 14 und c. 1. in 6. 2. 5., oder passen nicht hierher, wie c. 1. C. 3. 11. Die Bestimmungen des J. R. A. §. 45, 47 und 48. sind aber wegen ihres genauen Zusammenhanges mit der Termins-Ordnung des ehemaligen Reichskammergerichts nicht anwendbar. — Um übrigens Proceßverzögerungen zu vermeiden, soll der Richter nie unterlassen, eine solche Frist und zwar in peremtorischer Eigenschaft vorzuschreiben.

Ueber Berechnung, Anfang und Ende der Beweisfrist sind zwar bei dem Mangel gesetzlicher Vorschriften die Ansichten verschieden;

vergl. hierüber besond. *Gesterding* im Arch. V. S. 252 flg.

die Mehrzahl der neueren Proceßlehrer hat sich jedoch über folgende Grundsätze vereiniget:

I. Die Beweisfrist fängt nicht schon sogleich nach der *Publication des Interlocuts* zu laufen an, worin sie ertheilt worden ist, sondern erst nach eingetretener *Rechtskraft* dieses Interlocuts. Wird also diese Eigenschaft nicht durch besondere Gründe schon früher hervorgebracht, so beginnt die Beweisfrist erst nach Ablauf von 10 Tagen nach der Publication des Interlocuts. — Denn die 10 Tage sind der Partei bloß ad deliberandum gegeben, ob sie ein Rechtsmittel ergreifen soll oder nicht; — während des Laufes derselben hat sie also noch keine Verbindlichkeit, sich auf die Erfüllung des noch anfechtbaren Decrets vorzubereiten. — Daß der Richter ausdrücklich einen früheren Anfangspunkt festsetzen könne — (z. B. a die publ.) ist zwar nicht zu bezweifeln; denn wenn er Dieses thut, so ist es eben so viel, als wenn er der Partei eine um 10 Tage kürzere Beweisfrist vorgeschrieben hätte, und dazu ist er allerdings berechtiget, weil die Bestimmung der Dauer dieser Frist von seinem arbitrium abhängt. Allein wenigstens muß er dann ad probandum eine längere Frist bestimmen, als welche das Gesetz ad deliberandum gegeben hat, weil sonst indirect die Deliberationsbefugniß der Partei selbst beschränkt würde, welche doch von der richterlichen Willkür unabhängig ist.

II. Ergreift eine Partei wirklich ein Rechtsmittel gegen das Beweisinterlocut, so bleibt die Beweisfrist so lange in suspenso, bis das oberrichterliche Erkenntniß erfolgt, — und, — falls auch dieses noch durch ordent-

liche Rechtsmittel anfechtbar wäre, — rechtskräftig geworden ist.

III. Wenn diejenige Partei, welche gegen das Beweisinterlocut ein Rechtsmittel ergriffen hat, in der Folge dasselbe desert werden läßt, so ist zu unterscheiden, ob der Beweisführer selbst das Rechtsmittel eingewandt hat, oder sein Gegner. In dem ersten Falle fängt die Beweisfrist zu laufen an, sobald die Desertion eingetreten ist, in dem zweiten, sobald der Beweisführer auf amtlichem Wege Kenntniß davon erhalten hat.

IV. Sind mit dem Beweisinterlocute auch noch präjudicielle Nebenauflagen verbunden, z. B. vorerst den Legitimationspunkt zu berichtigen, so fängt die Beweisfrist erst dann zu laufen an, wenn die Nebenauflage erfüllt ist; ausgenommen es wäre dem Beweisführer selbst die vorläufige Berichtigung eines solchen Präjudicialpunktes aufgelegt.

V. Ist die Beweisfrist einmal im Laufe, so endigt sie sich erst mit dem Ablaufe des letzten Tages.

Vergl. über diese Grds.

Joh. Chph. Koch. obs. de init. term. prob. Giess. 1785.

v. Gönner, Hdb. II. 37. §. 31 flg.

Gesterding a. a. O., welcher aber in einigen Beziehungen abweicht, wie auch Reinhardt, II. §. 275 flg.

Die Folge der Versäumung der Beweisfrist ist Präclusion. Hat also die Partei gar keinen Beweis angetreten, so ist eben so zu erkennen, als wenn ihr der Beweis gänzlich mißlungen wäre. Hat sie aber nur nicht alle Beweismittel vorgeschlagen, welche ihr zu Gebote standen, so sind wenigstens die nicht benützten für diesen Proceß ausgeschlossen. Dieses Letztere gilt zwar nicht

von solchen Beweismitteln, welche der Richter auch von Amtswegen schon benützen darf (z. B. von Kunstverständigen, und den juram. necessariis); sonst aber von allen, selbst von der Delation des Haupteides, insofern diese als Beweismittel behandelt werden soll. Denn als ein gewöhnlicher Vergleichsantrag findet sie freilich auch später noch statt, allein in diesem Falle kann der Gegner ohne Nachtheil recusiren.

v. Bülow u. Hagemann Erört. I. §. 57.
A. M. Glück Comm. XII. §. 795.

Nur dann kann ein neues Beweismittel auch nach eingetretener Präclusion noch nachgeholt werden, wenn der Producent eidlich bekräftiget, daß er früher keine Kenntniß davon hatte.

Arg. J. R. A. §. 78.

Daß aber auch außerdem noch ein Nachholen stattfinden soll, wenn von den wirklich vorgeschlagenen Beweismitteln ohne Verschulden des Producenten noch vor der wirklichen Benützung Eines zu Grunde gegangen oder unbrauchbar geworden ist, läßt sich nach der Eventualmaxime nicht rechtfertigen, obwohl es beinahe allgemein angenommen wird.

Anderer Meinung sind:
v. Gönner Hdb. II. 39 §. 6 u. 7.
Spangenberg im Arch. VII. S. 219 flg.
Schmid Hdb. II. S. 195.

In der Eventualmaxime liegt auch der Grund, warum ein Vorbehalt von Beweismitteln bei der Antretung des Beweises für unwirksam erklärt werden muß.

Vgl. jedoch hinsichtlich der Eidesdelation:
Heise u. Cropp, Jurist. Abh. I. Abh. XV.
Linde im Arch. XIV. S. 422 flg.

Das Recht auf einzelne bereits vorgeschlagene Beweismittel Verzicht zu leisten, geht aber begreiflich durch den Ablauf der Beweisfrist nicht verloren.

Da übrigens die Beweisfrist nach gemeinem Rechte kein Fatale ist, so kann die Präclusion auch nur dann ausgesprochen werden, wenn die allgemeinen Bedingungen einer Ungehorsamsstrafe in Beziehung auf richterliche Fristen vorhanden sind.

Die Beweisfrist muß daher in peremtorischer Eigenschaft ertheilt worden seyn, und die Gegenpartei muß nach dem fruchtlosen Ablaufe derselben eine Ungehorsamsbeschuldigung gestellt haben.

v. Gönner II. 37. §. 29. 30.

Von der Frist zur Antretung des Gegenbeweises.

§. 280.

Daß der Richter auch zur Antretung des Gegenbeweises eine peremtorische Frist vorschreiben darf, und zur Abkürzung des Verfahrens selbst vorschreiben soll, ist nicht zu bezweifeln. Indessen ist man doch über den Zeitpunkt, wann Dieses geschehen soll, nicht einig. Auf jeden Fall ist hiebei der s. g. directe Gegenbeweis von dem indirecten zu unterscheiden. Der erste ist unmittelbar gegen den Hauptbeweis selbst gerichtet, setzt also auf Seite des Producten sowohl Kenntniß des Inhaltes des Hauptbeweises, als auch der hiezu vorgeschlagenen Mittel voraus. Daraus folgt, daß die Frist dazu noch nicht in dem Interlocute, worin der Hauptbeweis selbst

aufgelegt wird, sondern erst in dem Decrete zweckmäßig vorgeschrieben werden kann, welches die Antretung des Hauptbeweises dem Producten mittheilt.

Schneider vom rechtl. Bew. §. 713 flg.

Anders verhält sich die Sache bei dem indirecten Gegenbeweise. Dieser ist seinem Inhalte nach von dem Hauptbeweise unabhängig, und kann daher auch ohne Kenntniß der Einrichtung des letzteren mit voller Sicherheit angetreten werden. Da nun durch eine gleichzeitige Verhandlung beider Beweise das Verfahren bedeutend abgekürzt wird, so scheint es am zweckmäßigsten zu seyn, die Frist zu diesem Gegenbeweise in der Regel zugleich mit der Frist für den Hauptbeweis vorzuschreiben. — Die Gründe, welche man für einen Aufschub des indirecten Gegenbeweises bis nach vollführtem Hauptbeweise angeführt hat,

S. bes. v. Gönner Hdb. II. Abh. 42. §. 4.

scheinen gegen den Vortheil der Proceßverkürzung nicht erheblich genug zu seyn, und auch die Analogie der Eventualmaxime gegen sich zu haben.

Sollte der Richter für den Gegenbeweis gar keine Frist festgesetzt haben, so müßte der indirecte nach c. 9. C. 8. 36. auch nach dem Erkenntnisse über das Resultat des Hauptbeweises noch zugelassen werden, wenn er anders diesem Resultate zufolge noch als nothwendig erscheint; der directe Gegenbeweis findet aber wenigstens bis zu dem Actenschlusse in dem Verfahren über den Hauptbeweis noch statt. Nur der directe Gegenbeweis durch Zeugen wird schon durch die Eröffnung des Zeugenrotulus in dem Hauptbeweisverfahren ausgeschlossen, weil später eine Subornation der Gegenbeweiszeugen zu besorgen ist.

Nov. 90. c. 4. §. 1.

c. 26. X. 2. 20.
v. Grolman §. 187.
v. Gönner, Hdb. II. 41. §. 9.
Gensler, Comment. I. S. 313 flg.
Vergleiche jedoch:
Linde in seiner Zeitschrift Bd. XI. S. 138 flg.

II. Von dem Productionsverfahren.

§. 281.

Das Productionsverfahren im engeren Sinne besteht in der wirklichen Darbringung und Benützung der vorgeschlagenen Beweismittel; im weiteren Sinne aber umfaßt dasselbe alle Handlungen des Richters sowohl, als der Parteien, welche nach der Beweisantretung bis zu dem Schlußverfahren folgen, also namentlich I. die Prüfung der Zulässigkeit des angetretenen Beweises; II. die wirkliche Benützung der vorgeschlagenen Beweismittel, und III. die Eröffnung des Resultates dieser Benützung, wenn sie anders nach der Beschaffenheit des in concreto gebrauchten Beweismittels als nothwendig erscheint. Die näheren Bestimmungen hinsichtlich der zwei letzten Punkte hängen mit der Eigenthümlichkeit der einzelnen Beweismittel zusammen, und werden daher zweckmäßiger bei diesen selbst angegeben. — Die Prüfung des angetretenen Beweises wird aber hauptsächlich durch die Beweiseinreden des Producten veranlaßt, zu deren Abgabe dieser immer berechtiget ist, auch dann, wenn ihn der Richter nicht ausdrücklich dazu aufgefordert haben sollte. Diese Einreden können im Allgemeinen gegen die Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der vor-

geschlagenen Beweismittel, oder gegen die Relevanz des angetretenen Beweises, oder gegen die Form des Verfahrens gerichtet seyn, und veranlassen zuweilen ein eigenes, die wirkliche Benützung der Beweismittel hemmendes Incidentverfahren; worüber aber auch das Nähere besser in der Darstellung des Verfahrens bei einzelnen Beweismitteln selbst seinen Platz finden wird.

Der wirklichen Production wird übrigens die Wirkung beigelegt, daß durch sie die Beweismittel beiden Theilen gemeinschaftlich werden, d. h. daß sie nicht nur von dem Producenten zur Herstellung des von ihm unternommenen, sondern auch von dem Gegner bezüglich des ihm obliegenden oder vorbehaltenen Beweises benützt werden können, wenn sie etwa ein hiefür günstiges Resultat liefern sollten, — obgleich der Gegner selbst diese Beweismittel nicht vorgeschlagen hatte. — Eine Folge dieses Grundsatzes besteht darin, daß, sobald die Wirkung der Gemeinschaft eingetreten ist, der Producent zwar auf die für ihn vortheilhaften Resultate der Beweisführung Verzicht leisten, nicht aber die producirten Beweismittel in der Art fallen lassen kann, daß dadurch auch dem Gegner die Benützung der für diesen günstigen Ergebnisse entzogen würde.

In Ansehung des Urkundenbeweises können zur Unterstützung des Lehrsatzes der Gemeinschaftlichkeit directe gesetzliche Bestimmungen angeführt werden; zwar nicht Nov. 49. c. 2. und Auth. „Ad haec" C. 4. 21., wohl aber c. 19. X. 3. 39. und gewissermaßen auch Fr. 26. §. 2. D. 16. 3. — Hinsichtlich des Zeugenbeweises fehlt zwar eine directe gesetzliche Bestätigung. Da jedoch in

D. A. von 1600. §. 28.

verordnet ist, daß dem Producenten die Herausgabe des Zeugenrotulus nicht ohne Zustimmung des Gegners zu bewilligen sey, so muß man annehmen, daß die Wirkung der Gemeinschaftlichkeit auch bei dem Zeugenbeweise mittelbar anerkannt wurde. Auch die Ausdehnung auf Sachverständige und auf den Augenschein ist keinem gegründeten Bedenken unterworfen. — In keinem Falle kann jedoch der Product den angeführten Grundsatz geltend machen zur Herstellung eines Beweises über ein Schutzmittel (eine Einrede, Replik u. dgl.), mit welchem er, weil er es nicht rechtzeitig vorschützte, präcludirt wurde.

Wenn übrigens die von dem Producenten dargebrachten Beweismittel gar kein für den Producten günstiges Resultat liefern, so kann von einem Erfolge der Gemeinschaftlichkeit überhaupt nicht die Rede seyn; und eben daher tritt auch diese Wirkung erst dann ein, wenn die producirten Beweismittel wirklich benützt sind.

Vergl. über das Ganze:

v. Gönner, Hdb. II. 39. §. 8.

Spangenberg im Arch. f. civ. Prax. V. S. 415.

Linde in der Zeitschr. f. Civilr. und Proc. VI. S. 400. und im Arch. XXIV. S. 96 flg.

Hesse im Arch. XXIII. S. 1.

Knorr in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. XVII. S. 117. flg.

III. Von dem Haupt- oder Schlußverfahren.

§. 282.

Wenn auch das Productionsverfahren im weiteren Sinne geschlossen ist, so kann doch der Richter nicht immer sogleich schon zur Fällung des Endurtheils schreiten, sondern theils die Nothwendigkeit vollständiger Vertheidigung, theils positive Gesetze und Gerichtsgebrauch fordern, daß in der Regel vorher noch die streitenden Theile gehört werden. — Nicht immer werden nämlich 1) die Beweiseinreden schon in dem Productionsverfahren berücksichtiget und erlediget. Wo also das Vorbringen solcher Einreden nicht schon nach der Natur des gebrauchten Beweismittels als unstatthaft erscheint, muß dem Producten noch vor dem Urtheile Gelegenheit gegeben werden, diese Einreden auszuführen und zu beweisen, weil er sonst offenbar in seinem Vertheidigungsrechte verkürzt seyn würde. — Aber auch abgesehen hievon, war es 2) wenigstens bei dem Zeugenbeweise wahrscheinlich schon nach Römischem Rechte (Nov. 90. c. 7.), gewiß aber nach canon. (c. 15. X. 2. 20.), dem auch die deutschen Reichsgesetze folgten (C. G. O. 1500. XII. §. 6. — C. G. O. 1555. III. 18. — R. A. v. 1570. §. 97. — D. A. v. 1600. §. 135. — J. R. A. §. 56 und 57.), den Parteien gestattet, nach vollendetem Zeugenverhör (seit der Einführung des heimlichen Verhöres nach der Eröffnung des Zeugenrotulus), sich in eigenen Vorträgen (disputationes de attestationibus) über den Werth des geführten Beweises zu verbreiten. — Solcher Disputirsätze wurden nach den späteren deutschen Reichsgesetzen in der Regel nur zwei zugelassen, und der Product hatte mit der sogenannten Impugnationsschrift, worin er den Beweis seines

Gegners als mißlungen, oder als unvollständig geliefert darzustellen suchte, den Anfang zu machen. Hierauf folgte sodann die sogenannte Salvationsschrift von Seite des Producenten, worin dieser die Einwendungen des Producten zu widerlegen und seinen Beweis zu rechtfertigen sich bemühte.

Diese gegenseitigen Deductionen, welche auch die nachträgliche Erörterung der bisher noch unerledigten Beweiseinreden enthalten (Nr. 1.), bilden nun das sogenannte Haupt- oder Schlußverfahren, und kommen jetzt nicht mehr bloß bei dem Zeugenbeweise, sondern dem Gerichtsgebrauche zufolge auch bei andern mehr complicirten Beweisführungen vor.

Von dem Verfahren bei dem Gebrauche der einzelnen Beweismittel insbesondere.

A. Von dem Verfahren bei dem Zeugenbeweise.

Vorläufige Uebersicht.

§. 283.

Die Antretung des Zeugenbeweises geschieht durch die Aufstellung von Beweisartikeln, durch die Benennung der Zeugen (denominatio testium), und durch die Angabe, über welche Artikel jeder einzelne Zeuge vernommen werden soll (directorium). — Findet der Richter keinen wesentlichen Fehler in der Antretung, so wird die Schrift dem Producten zur Abgabe seiner Beweiseinreden, zur Stellung von Fragestücken (interrogatoria), und endlich zur Antretung des Gegenbeweises binnen einer bestimmten Frist mitgetheilt,

und dem Producenten hievon Nachricht gegeben. — Nach dem Vollzuge dieser Handlungen von Seite des Producten wird, — insofern nicht die Beweiseinreden ein eigenes Incidentverfahren veranlassen und dadurch den Fortgang der Sache hemmen, — ein Termin zum Zeugenverhöre selbst festgesetzt, wozu die streitenden Theile (der Product ad videndum et audiendum jurare testes), so wie die Zeugen vorgeladen werden. In diesem Termine werden zuerst die Zeugen dem Gerichte persönlich vorgestellt (productio testium im engsten Sinne), hierauf beeidigt und jeder einzeln vernommen. Nach geschlossener Vernehmung wird der Zeugenrotulus verfertiget, zur Eröffnung desselben ein Termin festgesetzt, und sodann das Schlußverfahren in der Art eingeleitet, daß zuerst dem Producten binnen einer peremtorischen Frist die Impugnations-, nach deren Einlaufe aber dem Producenten die Salvationsschrift abgefordert wird.

Vergl. überhaupt:

Mittermaier im Archiv für civil. Prax. Bd. V. S. 69 u. 177 flg.

Gesterding, Nachforsch. Bd. I. S. 211 flg.

Ueber das Zeugenverhör nach Röm. Rechte s.

Spangenberg im Archiv für civil. Prax. Bd. VI. S. 213 flg.

Nähere Erörterung der einzelnen, wichtigeren Theile dieses Verfahrens.

1) Beweisartikel.

§. 284.

Die Beweisartikel sind kurze Sätze, in welche sich das thema probandum auflösen läßt, und von denen die bejahenden mit dem Worte „Wahr", die verneinenden mit dem Worte „Nicht wahr" anfangen. Sie sind noch ein Ueberbleibsel des articulirten Verfahrens, und sollen dazu dienen, die Vernehmung der Zeugen zu leiten und zu erleichtern.

Heffter, Inst. S. 358. §. 56.

Für so wesentlich, daß ohne sie die Beweisantretung als ungültig zu betrachten wäre, können übrigens die Artikel nicht erklärt werden. Denn dafür spricht weder ein Gesetz (vgl. J. R. A. §. 24. „da die Parteien wollen"), noch die Natur der Sache. Aber sehr unzweckmäßig würde allerdings zuweilen die Unterlassung derselben seyn, besonders in zwei Fällen, nämlich 1) wenn ein Zeuge nicht über das ganze thema probandum, sondern nur über einen Theil desselben Etwas aussagen kann; und 2) wenn der Beweis auf künstliche Art geführt, d. h. wenn ein Zeuge vorgeschlagen wird, dem nur eine Thatsache bekannt ist, von welcher erst auf die Wahrheit oder Wahrscheinlichkeit des eigentlichen Beweissatzes geschlossen werden muß.

Die Regeln, welche bei der Abfassung der Beweisartikel beobachtet werden sollen, sind im Wesentlichen folgende:

1) Da ein Zeuge seiner eigenthümlichen Bestimmung zufolge nicht zu urtheilen, sondern nur anzugeben hat,

was er mit seinen Sinnen wahrgenommen, so können nur Thatsachen, nicht auch rechtliche Ansichten oder Schlußfolgerungen in die Beweisartikel aufgenommen werden. Verwerflich sind daher namentlich die s. g. Illativartikel.

2) Daß der Inhalt der Artikel wenigstens mittelbar relevant seyn müsse, folgt schon aus dem Zwecke der Beweisführung.

J. R. A. §. 50.

3) Um zu generelle Antworten zu vermeiden, soll jeder Artikel nicht mehr als ein Factum enthalten.

4) Neue Behauptungen, welche entweder eine Veränderung der Klage, oder eine zu rechter Zeit nicht angebrachte Einrede, Replik, Duplik und dergl. enthalten, dürfen nicht eingemischt werden. Nur insofern ist es erlaubt, bisher noch unberührt gebliebene Thatsachen in die Artikel aufzunehmen, als sie bloß zur Führung eines künstlichen Beweises dienen. — Endlich

5) Alle Artikel zusammengenommen müssen das thema probandum erschöpfen, und jeder soll deutlich und bestimmt abgefaßt seyn.

Ueber den Satz: articulans non fatetur s. Spangenberg in der Zeitschr. für Civilrecht u. Proc. V. S. 33. gegen Gensler im Arch. II. S. 295.

Von den Beweiseinreden.

§. 285.

Die Einwendungen des Producten beziehen sich hier vorzugsweise entweder auf die Beschaffenheit oder auf den Inhalt der Artikel, oder auf die persönliche Fähigkeit

oder Glaubwürdigkeit der vorgeschlagenen Zeugen. Die Einwendungen der ersten Art können unbedenklich bis zu dem Schlußverfahren (in die Impugnationsschrift) verschoben werden, und es ist nicht einmal nothwendig, sich die Nachholung derselben jetzt wenigstens vorzubehalten. Hinsichtlich der Einreden der zweiten Art (except. cōa personas testium) kommt es aber darauf an, ob der Product zur Anbringung derselben binnen eines bestimmten Zeitraumes peremtorisch aufgefordert war, oder nicht. In dem ersten Falle müssen sie noch vor dem Ablaufe der anberaumten Frist bei Vermeidung des Ausschlusses vorgebracht werden. Eine Ausnahme von dieser Regel tritt nur in Ansehung solcher Einreden ein, welche sich erst später hervorgethan haben. — In dem zweiten Falle hingegen sind die except. cōa personas testium bis zur Publication der Zeugenaussagen zuläſſig, und selbst später noch, wenn der Product entweder 1) durch ein jusjur. malitiae bekräftiget, daß es nicht zur Chicane geschehe; oder, wenn er sich 2) das Vorbringen solcher Einreden schon vor der Publication der Aussagen allgemein vorbehalten hatte.

c. 31. X. 2. 20.

Völcker in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. XIV. S. 33 flg.

Bringt übrigens der Product seine Beweiseinreden schon vor der Vernehmung der Zeugen vor, so ist der Erfolg je nach dem Inhalte und der Liquidität der Einreden verschieden. — Sucht nämlich 1) der Product die Zeugen nur als verdächtig (im engeren Sinne) darzustellen, so wird dadurch die Vernehmung derselben nie aufgehalten, die Einrede mag liquid seyn oder nicht, weil verdächtige Zeugen doch wenigstens einigen Beweis liefern können, und folglich auf jeden Fall vorgenommen

werden müssen. Die etwa noch nothwendige Ausführung solcher Einreden wird nach Nov. 90. c. 7. in das Schlußverfahren verwiesen. — Sucht dagegen

2) der Product einen Zeugen als gänzlich unzulässig darzustellen, so soll zwar nach c. 7. X. 2. 20. darüber ein Incidentverfahren eingeleitet, und von dem Richter über die Einrede erkannt werden. Allein in der Praxis wird gewöhnlich darauf gesehen, ob die Einwendung jetzt schon vollkommen liquid ist, oder nicht. In dem ersten Falle wird der unfähige Zeuge sogleich verworfen, in Ansehung der übrigen aber das Verfahren fortgesetzt. In dem zweiten Falle aber läßt man sich durch solche Einwendungen in dem weiteren Verfahren nicht hindern, sondern auch der angefochtene Zeuge wird vernommen, und dem Producten die Ausführung seiner Einrede in dem Schlußverfahren vorbehalten.

Boehmer, J. E. P. II. 20. §. 12.

Insofern mit dieser eventuellen Vernehmung eines angeblich unglaubwürdigen Zeugen keine Gefahr eines Meineids verbunden ist, erscheint dieselbe allerdings als zweckmäßig. — Auf dieselbe Weise verfährt man übrigens auch dann, wenn die Beweiseinreden gegen die Relevanz der Artikel gerichtet sind. Offenbar unerhebliche Artikel werden sogleich verworfen; in Ansehung solcher, deren Relevanz nur zweifelhaft erscheint, wird das Weitere dem Schlußverfahren vorbehalten.

Von den Fragestücken.

§. 286.

So lange das gerichtliche Verfahren öffentlich war, und die Zeugen in Gegenwart der streitenden Theile vernommen wurden, hatte jede Partei das Recht, Erläuterungsfragen an dieselben zu stellen. So war es nach Röm. Rechte auch noch unter Justinian,

Spangenberg im Arch. VI. S. 213 flg.

nach altgermanischem und dem älteren canon. Rechte.

Maurer, Gesch. des altgerm. Ger. §. 23. 71. 139.
Mittermaier, Arch. V. S. 75.

Als aber in der Folge, — zuerst bei den geistlichen, dann auch bei weltlichen Gerichten die heimliche Zeugenvernehmung an die Stelle der öffentlichen trat, und die Parteien nicht mehr dabei zugegen seyn durften, suchte man den bisherigen Einfluß und die Mitwirkung derselben bei diesem Acte dadurch zu ersetzen, daß man dem Beweisführer gestattete, schriftliche Artikel, seinem Gegner aber schriftliche Erläuterungsfragen zu überreichen, welche den Zeugen bei dem Verhöre zur Beantwortung vorgelegt wurden. Die s. g. Interrogatorien oder Fragstücke im Zeugenbeweisverfahren sind demnach ein Surrogat der persönlichen Anwesenheit und Mitwirkung des Producten bei der Zeugenvernehmung.

c. 2. in 6to 2. 10.
Mittermaier a. a. O. S. 189.

Da nun durch die Gegenwart des Producten die Gültigkeit dieser Handlung bedingt war,

Nov. 90. c. 9.
c. 2 u. 41. X. 2. 20.

so ist auch die Zulassung der Fragestücke als wesentlich

nothwendig zu betrachten, und die Nichtbeachtung vorgelegter Interrogatorien würde einen hinreichenden Grund zur Anfechtung der Gültigkeit des Zeugenverhörs darbieten.

Linde in den Jahrb. von Frhrn. v. Zu-Rhein I. S. 25 flg.

Der Product kann jedoch darauf Verzicht leisten, weil sie nur zu seinem Vortheile eingeführt sind, und das Zeugenverhör wird deßhalb nicht verschoben, weil er etwa vor dem hiezu festgesetzten Termine die Interrogatorien nicht überreicht hat.

Man unterscheidet übrigens allgemeine und besondere Fragestücke. Jene beziehen sich auf die persönlichen Verhältnisse des Zeugen, und sollen Materialien zur Beurtheilung seiner Glaubwürdigkeit liefern. Diese reihen sich an die einzelnen Artikel an, und haben theils den Zweck, zu erforschen, woher der Zeuge über die in dem Artikel enthaltene Thatsache etwas wisse, theils sollen sie zur Erläuterung unbestimmter und zweifelhaft gestellter Artikel dienen. — Die allgemeinen Fragestücke sind in den meisten deutschen Ländern schon ein für allemal gesetzlich vorgeschrieben und brauchen daher von dem Producten nicht mehr besonders gestellt zu werden.

Bei der Abfassung der Interrogatorien sind besonders folgende Regeln zu beobachten:

1) Sollen sie nie auf einen solchen Satz gerichtet werden, welcher zu dem directen oder indirecten Gegenbeweise gehört, weil sonst der Producent des Vortheils verlustig würde, selbst wieder Interrogatorien stellen zu können.

Schmid, Hdb. II. S. 259. not. 21.

2) Die Interrogatorien sollen auf nichts gerichtet werden, wobei der Zeuge zu seiner eigenen Schande Etwas gestehen müßte.

J. R. A. §. 53.

3) Sollen sie auch nicht bloße Erinnerungen an die Folgen des Meineides enthalten.

Was

4) die äußere Form betrifft, so fangen sie nicht, wie der Artikel, mit den Worten „Wahr" oder „Nicht wahr" an, sondern werden in die indirecte Frageform eingekleidet.

Die Mittheilung der von dem Producten überreichten Fragestücke an den Producenten vor dem Verhöre ist nicht üblich, und zwar aus dem Grunde, damit der Producent seine Zeugen nicht vorher davon unterrichten kann.

Anderer Meinung ist:

Grolman, Theorie §. 192.

Heffter, Syst. S. 466.

Uebrigens versteht sich von selbst, daß der Richter, — es mögen nun Interrogatorien von dem Producten überreicht worden seyn oder nicht, — die Befugniß, ja selbst die Verbindlichkeit hat, zur Aufklärung und Erläuterung der Sache von Amtswegen geeignete Fragen an die Zeugen zu stellen.

Gesterding, Nachforsch. I. S. 214.

Schmid a. a. O. S. 261.

Von dem Productions- und Vernehmungstermine selbst.

§. 287.

In dem Vernehmungstermine selbst kommen folgende Handlungen vor:

I. die wirkliche Production, d. h. die persönliche Darstellung der erschienenen Zeugen von Seite des Producenten.

Eine fingirte Production auch der nichterschienenen Zeugen, gleich als wären sie gegenwärtig, zu fordern, ist offenbar zwecklos. Nur ein Gesuch um wiederholte Ladung derselben ist hier zu rechtfertigen.

c. 1. 2. X. 2. 21.

Nach geschehener Production folgt.

II. die Beeidigung, welche in Gegenwart beider Parteien und mit sämmtlichen Zeugen auf einmal vorgenommen wird, insofern nicht Einige nach einer besonderen Form beeidiget werden müssen. Ueber die gewöhnliche Eidesformel s.

c. 5. X. 2. 20. C. G. O. 1555. p. I. tit. 77.

III. Nach der Beeidigung schreitet das Gericht zu dem Verhöre selbst. Dieses geschieht jedoch nicht mehr, wie nach Röm. und altgerm. Rechte

c. 18. C. 4. 21.

Nov. 90. c. 9.

(Nicht entgegen ist c. 14. C. 4. 20.

Mittermaier im Arch. V. S. 69. flg.)

in Gegenwart beider Parteien; sondern um die Freiheit und Unbefangenheit der Zeugen bei ihren Aussagen zu sichern, müssen jene einem sehr alten Gerichtsgebrauche zufolge abtreten, sobald die Vernehmung selbst beginnt.

Durandi spec. part. I. part. IV.

Vergl. J. R. A. §. 54.

Indessen können die streitenden Theile zur Controle des Richters die Beiziehung eines Notars verlangen.

R. A. v. 1600 §. 129. 130.

Claproth ord. Proc. II. §. 250.

Das Verhör geschieht mit jedem Zeugen allein,

c. 52. X. 2. 20.

c. 2 in 6to 2. 10.

und zwar zuerst über die allgemeinen Fragestücke, sodann über die einzelnen Beweisartikel nach der Anleitung des Directoriums; und bei jedem Artikel sogleich über die dazu gehörigen besonderen Fragestücke. — Die Antworten der Zeugen sind mit möglichster Treue, und wo es darauf ankommt, selbst mit Beibehaltung der von ihnen gebrauchten Ausdrücke niederzuschreiben.

J. R. A. §. 22.

Nach beendigtem Verhöre wird jedem Zeugen seine Aussage vorgelesen, und demselben vor seiner Entlassung Stillschweigen aufgelegt.

Uebrigens ist in Ansehung des Productionstermines noch Folgendes zu bemerken:

1) Von dem Inhalte der Artikel darf der Richter im Wesentlichen nicht abweichen. Insbesondere ist es nicht zulässig, Fragen über neue, selbständige Thatsachen an die Zeugen zu stellen, welche in den Artikeln gar nicht berührt sind. Wenn es jedoch darum zu thun ist, eine undeutliche Antwort aufzuklären, oder einen scheinbaren Widerspruch in der Aussage zu entfernen, so ist es dem Richter allerdings erlaubt, zur Erreichung dieses Zweckes selbst angemessene Fragen an die Zeugen zu richten. c. 53. X. 2. 20. — Auch die von dem Producten vorgelegten, zulässigen Fragestücke dürfen nicht unbeachtet bleiben. Eine Ergänzung derselben ist aber nicht bloß

zu dem obenangegebenen Zwecke näherer Erläuterung, sondern auch zur Ermittlung der Glaubwürdigkeit, oder des Grundes der Wissenschaft des Zeugen zulässig. — Sollten die Zeugen, ohne Aufstellung von Artikeln über den Beweissatz im Allgemeinen vorgeschlagen worden seyn, so hat der Richter jeden Zeugen, über die in jenem Satze enthaltenen einzelnen Thatsachen zu vernehmen.

Gesterding, Nachforsch. I. S 215.

Heffter, Syst. S. 466.

A. M. Mittermaier im Arch. V. S. 184 flg.

2) Was ein Zeuge aus freien Stücken angibt, ohne ausdrücklich darüber befragt worden zu seyn, muß, insofern die Angabe eine nähere Erläuterung seiner Hauptantwort enthält, oder sich auf den Grund seiner Wissenschaft bezieht, oder von dem Gegner des Producenten nach dem Grundsatze der Gemeinschaft der Beweismittel für sich benützt werden könnte, zu Protokoll genommen werden.

3) Der Zeuge muß auf die ihm vorgelegten Fragen in der Regel sogleich antworten. Eine Bedenkzeit kann ihm hiezu nur aus besonderen Gründen, und unter gewissen Vorsichtsmaßregeln eingeräumt werden.

Schneider, Lehre vom Beweise, §. 533.

4) Wenn ein Zeuge während des Verhörs oder sogleich nach der Verlesung des Protokolls eine gemachte Aussage berichtigt, so ist dieses im Protokolle ausdrücklich zu bemerken.

Vergl. c. 7. X. 2. 21.

5) Sollte das persönliche Benehmen des Zeugen bei dem Richter den Verdacht einer absichtlichen Zurückhaltung oder Entstellung der Wahrheit erregen, so ist auch hierüber nach der Entfernung des Zeugen das Geeignete in dem Vernehmungsprotokolle anzuführen.

Vgl. Fr. 1. pr. Fr. 2. D. 22. 5.
c. 13 u. 14. C. 4. 20.
c. 3. X. 2. 12.
c. 7. X. 2. 21.
C. C. C. art. 71.

6) Der Ungehorsam des Producten rücksichtlich des Erscheinens in dem Productionstermine hält die Vernehmung der Zeugen nicht auf, und er selbst verliert nur die Gelegenheit, sich von der Beeidigung der Zeugen persönlich zu überzeugen. Das Ausbleiben des peremtorisch ad produc. geladenen Beweisführers aber hat nach der Praxis den Verlust der Zeugen zur Folge. Bleiben beide aus, so ist der Termin circumducirt.

Von dem s. g. Zeugenrotulus.

§. 288.

Der Zeugenrotulus ist eine öffentliche Urkunde, worin nach der Vernehmung sämmtlicher Zeugen das dabei beobachtete Verfahren beschrieben, und alles dasjenige, was verschiedene Zeugen über den nämlichen Artikel, oder über dasselbe Fragestück ausgesagt haben, aus den einzelnen Vernehmungsprotokollen extrahirt und zusammengestellt wird.

Vergl. c. 41. X. 2. 20. J. R. A. §. 52

Eine genaue Anleitung zur Verfertigung dieser Urkunde, welche übrigens, weil sie doch nur zur Erleichterung der Uebersicht dienen soll, und im Falle einer Abweichung von den Verhörsprotokollen diesen letzteren, als der Quelle, nachsteht, nicht für wesentlich nothwendig zu halten ist, gibt

Claproth, ord. Proc. II. §. 286.

Zur Publication des Zeugenrotulus (welcher bis dahin mit den Vernehmungsprotokollen versiegelt zu den Acten zu legen ist) wird von dem Gerichte ein eigener Termin angesetzt und der Producent sowohl, als der Product vorgeladen. — An diese Publication ist übrigens die wichtige Folge geknüpft, daß nach derselben selbst dann, wenn aus Versehen keine peremtorische Beweisfrist bestimmt worden, und folglich aus diesem Grunde noch der Versuch eines besseren Beweises zuläsig wäre, doch über diejenigen Punkte, worüber bereits Zeugen vernommen worden sind, — keine neuen Zeugen mehr vorgeschlagen werden dürfen, weder von dem Producenten, noch von dem Producten, weil eine Subornation der Zeugen zu besorgen wäre.

Nov. 90. c. 4. §. 1.

c. 17. 29. 35. 36. 38. X. 2. 20.

Cl. 2. 2. 8.

Vgl. jedoch: Linde in s. Zeitschr. Bd. XI. S. 139 flg.

Zur Ergänzung eines unvollständig, oder nachlässig gepflogenen Verhörs findet aber allerdings auf Antrag der Parteien eine nochmalige Vernehmung derselben Zeugen statt.

c. 48 u. 53. X. 2. 20.

s. auch c. 15. X. 2. 19.

Eben so ist auch jene Beschränkung auf den Fall nicht anwendbar, wenn über neue, jetzt noch zulässige Behauptungen ein Zeugenbeweis zu führen ist.

C. 19. 25. 35. 36. 42. 46. 50. X. eod.

Bei der Mittheilung der Abschrift des Zeugenrotulus wird zugleich das Schlußverfahren eingeleitet, also zuerst dem Producten zur Abgabe seiner Impugnationsschrift eine peremtorische Frist ertheilt, und nach deren Einlaufe dem

Producenten die Salvationsschrift ebenfalls binnen einer peremtorischen Frist abgefordert.

B. Von dem Verfahren bei dem Urkundenbeweise.

Antretung.

§. 289.

Die Antretung des Urkundenbeweises geschieht durch einen schriftlichen Vortrag des Producenten, vermittelst dessen er unter Anführung des zu beweisenden Satzes, oder auch wohl nur mit kurzer Beziehung auf denselben die Urkunde übergibt, deren er sich zum Beweise bedienen will. — Das Original braucht jetzt noch noch nicht vorgelegt zu werden, — (dazu ist es noch Zeit im Productionstermine) — sondern es genügt auch eine bloße Abschrift.

Vgl. darüber Schmid Hdb. II. S. 291. not. 4.

Ja selbst die Ueberreichung einer Abschrift ist dann überflüssig, wenn sich das Document ohnehin schon bei diesen Acten befindet, indem in diesem Falle eine Beziehung darauf schon hinreicht. — Die Aufstellung von Beweisartikeln ist der Natur dieses Beweismittels durchaus nicht angemessen, und läßt sich selbst in dem Falle kaum rechtfertigen, wenn über einige Glieder des Beweissatzes der Beweis durch andere Mittel, z. B. durch Zeugen angetreten wird. Gleichwohl ist die Form des Articulirens auch hier in Uebung.

Martin Lehrb. §. 209 a. E.

Bei sehr weitläufigen Urkunden genügt es, vorläufig nur Extracte zu überreichen, worin die betreffenden Stellen enthalten sind. Documenten, die in fremder

Sprache abgefaßt sind, ist zugleich eine Uebersetzung beizufügen. Das Gesuch des Producenten geht auf diejenige richterliche Verfügung, welche der Beschaffenheit der Urkunde entspricht.

Decret auf die Antretung.

§. 290.

Wenn nicht die ganze Antretung als offenbar unzulässig oder unerheblich erscheint, so wird von dem Richter ein Productionstermin festgesetzt, und der Beweisführer zur Vorlage der Originalien, der Product aber zur Abgabe seiner Erklärung über die Aechtheit oder Unächtheit der Urkunde vorgeladen. Bei Privaturkunden wird der Product *„ad recognoscendum vel diffitendum,"* bei öffentlichen aber nur *„ad agnoscendum"* (auch wohl „ad inspiciendum") aufgefordert. Denn öffentliche Urkunden bedürfen wegen der für ihre Aechtheit sprechenden Rechtsvermuthung keiner ausdrücklichen Recognition mehr, wie Privaturkunden; nur zur Einsicht müssen sie dem Producten vorgelegt werden, weil ihm gegen jene Rechtsvermuthung der Beweis der Verfälschung offen steht, welchen er, ohne das angebliche Original gesehen zu haben, nicht wohl antreten könnte. — Die Versäumung des Productionstermines hat für beide Theile nachtheilige Folgen. Der ungehorsame Producent verliert nämlich das Recht, die vorzulegenden Urkunden in diesem Processe noch zu gebrauchen, — wenn nicht etwa die Originalien schon früher zu diesen Acten gebracht worden sind; — den Producten trifft aber die poena recogniti, resp. agniti, d. h. er kann nun gegen die Aechtheit der Urkun-

den weiter keine Einwendung mehr machen. — Die wirkliche Anwendung dieser Strafen setzt aber peremtorische Ladung und Ungehorsamsbeschuldigung von Seite des gehorsamen Theiles voraus.

Verhandlungen im Productionstermine selbst.

§. 291.

Wenn beide Theile in diesem Termine erscheinen, so wird zuerst der Producent aufgefordert, das Original der Urkunde vorzulegen. — Das weitere Verfahren nach geschehener Production hängt von dem Benehmen des Producten ab. — Bringt dieser

I. nur *Beweiseinreden* vor, und verweigert, auf diese Einreden sich stützend, die Erklärung über die Aechtheit der Urkunde gänzlich, so kommt es zunächst darauf an, ob durch die vorgebrachten Einreden die Beweiskraft der Urkunde völlig *aufgehoben*, oder auf jeden Fall *nur geschwächt* werden könnte. In dem letzten Falle wird jetzt noch keine Rücksicht darauf genommen; — der Product wird ungeachtet seiner Einreden angehalten, sich über die Aechtheit zu erklären, und die Exceptionen werden in das Schlußverfahren verwiesen. In dem ersten Falle aber ist zu unterscheiden, ob die Einreden jetzt schon vollkommen liquid sind, oder nicht. Sind sie liquid, so wäre ein weiteres Verfahren über die Aechtheit offenbar überflüssig. Kann daher der Producent der Einrede nichts entgegensetzen, wodurch sie entkräftet, oder wenigstens die Liquidität derselben wieder getrübt würde, so ist die Urkunde sogleich zu verwerfen, und dabei ist es möglich, daß demnächst auch das Er=

kenntniß in der Hauptsache selbst schon erfolgt. — Illiquide Einreden werden aber in das Schlußverfahren verwiesen, und der Product muß sich ungeachtet derselben jetzt wenigstens in eventum über die Aechtheit erklären.

II. Widerspricht der Product die Aechtheit der Urkunde, so ist zu unterscheiden, ob diese ein docum. publicum, oder privatum ist.

In dem ersten Falle ist der bloße Widerspruch ohne Wirkung, weil öffentliche Urkunden, wenn sie anders in legaler Form ausgestellt sind, die Rechtsvermuthung der Aechtheit für sich haben, — Rechtsvermuthungen aber nie durch einen bloßen Widerspruch, sondern nur durch den Beweis des Gegentheils entkräftet werden können. Will demnach der Product seiner abläugnenden Erklärung einen Erfolg verschaffen, so muß er sich zum Beweise der Verfälschung bereit erklären, und zur Antretung dieses Incidentbeweises soll ihm eine peremtorische Frist gesetzt werden.

Bei Privaturkunden kommt es aber im Falle der Diffession darauf an, ob es der Producent zum Diffessions-Eide kommen lassen will oder nicht. In dem ersten Falle kann der Product angehalten werden, den Eid sogleich jetzt schon im Productionstermine zu leisten. Nur dann, wenn die Urkunde von einem Dritten ausgestellt worden wäre, müßte dem Producten auf Verlangen eine Frist gegeben werden, um sich genauer zu unterrichten. Will aber der Producent den Diffessionseid durch einen Aechtheitsbeweis ablehnen, z. B. durch comparatio literarum, so wird zu diesem Zweck ein eigenes, der Natur der gewählten Beweismittel entsprechendes Incidentverfahren eingeleitet.

III. Im Falle einer unbedingten Anerkennung der Aechtheit der Urkunde von Seite des Producten wird die

Productionshandlung geschlossen und das Hauptverfahren auf dieselbe Art, wie bei dem Zeugenbeweise eingeleitet. Ein Rotulus kommt jedoch hier nicht vor.

Bemerkungen.

1) Wenn der Product gegen eine öffentliche Urkunde den Verfälschungsbeweis unternimmt, oder der Producent zur Abwendung des Diffessionseides bei Privaturkunden den Aechtheitsbeweis durch comparatio literarum oder dgl. antritt, so ruht die Hauptsache so lange, bis diese präjudiciellen Beweise geführt sind. Ein eigenes Zwischenurtheil über diese Incidentpunkte pflegt jedoch nicht erlassen zu werden, sondern das Erkenntniß über den Erfolg dieser Incidentbeweise wird gewöhnlich mit dem künftigen Urtheile in der Hauptsache selbst verbunden, nachdem vorher die streitenden Theile mit den Impugnations- und Salvationsvorträgen gehört worden sind, in welchen sie sich auch über die Resultate des versuchten Aechtheits- oder Verfälschungsbeweises verbreiten können.

2) Da man bei dem Urkundenbeweise nicht, wie bei dem Zeugenbeweise erst einen besonderen Act vornehmen muß, um zu erfahren, ob und was die Urkunde, — ihre Aechtheit vorausgesetzt, — zur Bewahrheitung des zu beweisenden Satzes beitragen könne, sondern da hier Dasjenige, was bei dem Zeugen die Aussage ist, schon durch die Antretung bekannt wird, — so geschieht es nicht selten, daß der Beweisführer sogleich mit der Antretung auch schon die Ausführung seines Beweises verbindet, und daß der Product vor oder in dem Productionstermine außer der Erklärung über die Aechtheit der Urkunde auch die Einwendungen gegen den Inhalt derselben vorbringt, so daß gewissermaßen Salvation und Impugnation anticipirt werden. Aber auch im

Falle einer solchen Anticipation wird doch noch oft ein Schlußverfahren gestattet, wenn nicht die Einfachheit und Klarheit der Sache dasselbe als offenbar zwecklos darstellt.

3) Ueber den Satz: „documenta productione fiunt communia“ s. oben S. 933. und Heise und Cropp, jurist. Abh. Bd. I. S. 113 flg.

Anhang.

I. Von der Verbindlichkeit zur Urkunden-Edition

§. 292.

Wenn sich die Urkunde, deren sich eine Partei zur Herstellung des Beweises in einem Rechtsstreite bedienen will, in fremden Händen befindet, und der Besitzer die Herausgabe derselben verweigert, so entsteht die Frage, ob und inwiefern die Edition der Urkunde durch gerichtliche Hülfe bewirkt werden könne? — Hinsichtlich dieser Frage ist zu unterscheiden zwischen dem Falle, in welchem ein Dritter, und dem, in welchem der Proceßgegner die Urkunde besitzt.

A. Für den ersten Fall hat zwar Justinian unter Berufung auf die Analogie der allgemeinen Verpflichtung zur Leistung eines Zeugnisses verordnet, daß jeder Dritte auch schuldig seyn soll, einem streitenden Theile auf Verlangen die in seinen Händen befindlichen Urkunden mitzutheilen, welche diesem zur Herstellung des ihm obliegenden Beweises dienen können; ausgenommen, der Dritte könnte eidlich bekräftigen, daß die Vorlage der Urkunden ihm selbst einen Nachtheil bringen würde; — oder der

Dritte befinde sich in einer Lage, in welcher er auch die Leistung eines Zeugnisses ablehnen dürfte. Da jedoch die c. 22. C. 4. 21., welche diese Vorschrift enthält, nicht glossirt ist, und ein gemeinrechtlicher Gerichtsgebrauch für die allgemeine Verpflichtung zur Urkunden-Edition nicht nachgewiesen werden kann, so läßt sich die Annahme einer solchen allgemeinen Verbindlichkeit nicht rechtfertigen, um so weniger als ein Zwang zur Edition von Urkunden mit lästigeren Folgen für den Gezwungenen verbunden seyn kann, als die Verpflichtung zur Leistung eines mündlichen Zeugnisses.

Grolman, Magazin Bd. I. nro. VII. und Bd. II. nro. III.

Mart. Mittermaier, über die Gründe der Verpflichtung zur Edition von Urkunden. Heidelb. 1835. S. 43. flg.

Glück, Comm. XXII. S. 112.

Wetzell, Syst. I. S. 156. not. 102.

Anderer Meinung sind jedoch:

Danz, Grds. §. 316 b.

Schmid, Hdb. II. S. 283. not. 20.

Wenn aber auch eine allgemeine Pflicht zur Urkunden-Edition nicht besteht, so ist es doch keinem Zweifel unterworfen, daß in denjenigen Fällen, in welchen ein Dritter aus einem speciellen Rechtsgrunde auf Herausgabe oder Zurückgabe einer anderen Sache belangt werden könnte, auch eine Klage auf Restitution oder Edition einer Urkunde gegen ihn stattfindet. — Ist daher

1) ein streitender Theil Eigenthümer,

Fr. 3. §. 14. D. 10. 4.

Fr. 3. D. 29. 3.

Fr. 3. §. 5. D. 43. 5.

oder 2) Miteigenthümer einer Urkunde, welche ein Dritter besitzt,

Fr. 5. D. 10. 2.

oder steht er 3) in einem besonderen Obligationsverhältnisse zu dem Dritten, in Folge dessen ihm dieser zur Zurückgabe oder Herausgabe einer Urkunde verpflichtet ist, z. B. als Mandatar, socius, tutor u. dergl.

Fr. 9. pr. D. 2. 13.
Fr. 8. pr. D. 17. 1.
Fr. 1. §. 3. D. 27. 3.
Fr. 48 u. 52. D. 1. 19.
c. 2. C. 4. 9.

so kann er im Falle der außergerichtlichen Verweigerung auf gerichtlichem Wege die Herausgabe verlangen.

Die Klage, deren er sich zu diesem Zwecke bedienen kann, richtet sich nach der jedesmaligen Beschaffenheit des speciellen Grundes, auf welchem sein Anspruch beruht, und kann daher bald eine dingliche, bald eine persönliche seyn.

S. die unter 1—3 citirten Stellen.

Außerdem kann aber 4) eine Partei von einem Dritten die Edition einer Urkunde auch dann fordern, wenn in dem gegebenen Falle die Voraussetzungen der actio ad exhibendum vorhanden sind; — also, — wenn sie einen Grund anzuführen und zu bescheinigen vermag, wegen dessen ihr daran gelegen ist (ejus interest), daß ihr die Urkunde exhibirt werde.

Fr. 3. §. 9. D. 10. 4.
Vergl. Fr. 3. §. 14. D. eod.

Der angeführte Grund muß jedoch causa justa et probabilis seyn, und ob sie dieses sey oder nicht, hat der Richter zu beurtheilen.

Fr. 3. §. 9 u. 11. D. 10. 4.
c. 1. C. 2. 1.

Ein bloß persönliches Interesse ohne rechtliche Beziehung, z. B. bloße Neugierde, reicht dazu in keinem Falle hin.

Fr. 19. D. 10. 4.

Einzelne Beispiele zulässiger und beachtungswerther Gründe finden wir in folgenden Bestimmungen des Röm. Rechts:

a) Im prätorischen Edicte war verordnet, daß Testamentserben, Legatare und Fideicommissare, überhaupt Alle, qui quid in testamento adscriptum habent, von Demjenigen, in dessen Händen sich das Testament, oder eine andere auf den Nachlaß sich beziehende Urkunde des Erblassers, z. B. ein Codicill befinden würde, die Exhibition dieser Urkunden zu verlangen berechtiget seyn sollen; und das Edict gewährte zu diesem Zwecke ein eigenes Rechtsmittel, nämlich das interdictum de tabulis exhibendis. — Diese Verordnung ist auch in die Justinianische Sammlung übergegangen.

Pand. lib. XLIII. Tit. V., insbesondere Fr. 1. pr. u. Fr. 3. §. 10. h. t.
Vgl. Fr. 3. §. 8. D. 10. 4.
c. 24. C. 6. 42.

b) In einer Constitution von Kaiser Alexander Sev. ist bestimmt, daß der Besitzer solcher Urkunden, welche für ihn und einen Anderen *„instrumenta communia“* seyen, dem Herkommen gemäß diesem Anderen die „facultas describendi“ zu gewähren habe;

c. 7. C. 2. 1.

und diese Bestimmung hat später auch das canon. Recht wiederholt.

c. 12. X. 2. 22.

Was unter instrumentis communibus zu verstehen sey, ist aber weder hier, noch dort näher erklärt, und aus diesem Grunde bestehen auch über den Begriff solcher Urkunden sehr verschiedene Ansichten, indem Einige darunter Urkunden verstehen, welche sich in dem Miteigenthume des Besitzers und Desjenigen befinden, der auf ihre Edition anträgt;

M. Mittermaier a. a. O. S. 26.

Andere aber als gemeinschaftliche Urkunden diejenigen bezeichnen, welche über ein zwischen Mehreren gemeinschaftliches Rechtsverhältniß oder über ein gegenseitig gemeinschaftliches errichtet wurden.

v. Blattner, über die Edition gemeinsch. Urkunden. Würzb. 1827. §. 18.

Seuffert, Lehrb. des Pand. R. §. 434.

Vergleiche noch:

Martens, de instrum. commun. ejusque edit. Goett. 1773.

Glück, Comm. XXII. §. 1171. 2 b.

Linde, Lehrb. §. 279. not. 2.

Derselbe in s. Zeitschr. Bd. I. S. 220 flg.

Schmid, Hdb. II. S. 280. not. 3.

Da sich bei dem Mangel einer gesetzlichen Bestimmung der Begriff mit Sicherheit nicht feststellen läßt, so wird auch in solchen Fällen, in welchen Jemand die Edition einer Urkunde als einer gemeinschaftlichen in Anspruch nimmt, die Rücksicht des Richters auf das rechtliche Interesse des Imploranten den Ausschlag geben müssen. — Pflichtet man übrigens der Ansicht bei, daß nur im Miteigenthume befindliche Urkunden instrumenta communia seyen, so ist die Editionspflicht schon durch den speciellen Titel des Miteigenthums begründet.

S. oben Nr. 2.

c) Außerdem ist noch von einer Editionsverbindlichkeit die Rede in Beziehung auf instrumenta „ad jus implorantis pertinentia“;

c. 4 u. 6. C. 3. 42.

worunter wegen der Worterklärung von „pertinere“ in

Fr. 181. D. 50. 16., dann

Fr. 6. §. 5. D. 2. 13.

keineswegs bloß solche Urkunden verstanden werden dürfen, welche dem Imploranten eigenthümlich angehören, sondern auch solche, welche aus Auftrag oder im Interesse des Imploranten zum Beweise eines ihm zustehenden Rechtes errichtet worden sind.

Vergl. Fr. 4. §. 1. Fr. 6. §. 5. Fr. 9. §. 4. D. 2. 13.

Mit Rücksicht hierauf, aber freilich auch mit Rücksicht auf die öffentliche Stellung (propter publicam officii atque ministerii causam)

Fr. 10. §. 1. D. 2. 13.

waren nach Römischem Rechte auch die argentarii (und nummularii Fr. 9. §. 2. D. eod.) verpflichtet, Jedem, mit dem sie in Rechnung standen, auf Verlangen die ihn betreffenden rationes zu ediren;

Fr. 4. pr. §. 1. — Fr. 6. §. 4. — Fr. 9. §. 3. D. 2. 13.

Ueber den Begriff von ratio s. Fr. 6. §. 3. D. eod.

Kraut, de argentariis et nummul. Goett. 1826.

Wetzell, Syst. I. S. 139 flg.

und zwar ohne Unterschied, ob Der, welcher die Edition verlangte, die rationes in einem Rechtsstreite gegen den edirenden argentarius selbst, oder gegen einen Anderen benützen wollte.

Fr. 10. pr. D. 2. 13.

Fr. 27. §. 1. D. 47. 2.

Nur mußte der Implorant auf Verlangen schwören, „se non calumniae causa postulare.“

Fr. 6. §. 2. Fr. 9. §. 3. D. 2. 13.

Ueber die Frage, ob und inwiefern diese Bestimmung des Röm. Rechts auch jetzt noch wenigstens analoge Anwendung finden könne, sind zwar die Meinungen getheilt. Dem vorherrschenden Gerichtsgebrauche zufolge wird aber die Editionspflicht der Röm. argentarii heutzutage nicht bloß bei den für den öffentlichen Verkehr angestellten und zur Führung genauer Bücher verpflichteten Personen, sondern auch bei Kaufleuten bezüglich der Handelsbücher anerkannt.

Ueber den Beweis durch Handelsbücher. Leipz. 1830. §. 12.

Heffter, Syst. S. 308. not. 228.

Wetzell, Syst. S. 139—142 u. S. 156.

Anderer Meinung ist jedoch:

M. Mittermaier a. a. O. S. 41 flg.

Das unter lit. c. angeführte und in Bezug auf argentarii in Fr. 4. §. 1. D. 2. 13. bemerkte Motiv liegt auch der Vorschrift der Notariatsordnung von 1512 I. §. 23 zu Grunde, daß die Notarien verpflichtet seyn sollten, von den unter ihrer Autorität aufgenommenen Urkunden jederzeit den betreffenden Parteien auf Verlangen ein Exemplar auszufertigen.

Endlich ist der Richter, bei welchem eine Sache verhandelt wird, gesetzlich angewiesen, die acta publica, sowohl Criminal- als Civilacten, zur Einsicht vorlegen zu lassen, um aus denselben die Wahrheit zu erforschen.

c. 2. C. 2. 1.

c. 11. X. 2. 19.

Nur sollen überhaupt weder Urkunden noch Acten gegen den Fiscus edirt werden (in so fern nicht der

Implorant einen speciellen Rechtstitel auf die Edition hat s. oben von Nr. 1—3),

Fr. 45. §. 5. D. 49. 14.

und wenn der Fiscus selbst Urkunden zu ediren hat, so soll dieses immer unter der durch Cautionsleistung zu sichernden Bedingung geschehen, daß der Empfänger dieselben nicht gegen den Fiscus gebrauchen werde.

Fr. 45. §. 6. D. 49. 14.

Die Befugniß von Privaten, die Einsicht der Gerichtsacten zu verlangen (von welcher übrigens die c. 2. C. 2. 1. zunächst gar nicht handelt), ist heutzutage gewöhnlich durch Landesgesetze und Verordnungen auf verschiedene Art beschränkt.

M. Mittermaier a. a. O. S. 37.

Besonders: v. Arnold, prakt. Erörterungen aus dem Rechtsgebiete. Erlang. 1844. Heft. I. S. 1—90; vorzügl. §. 12—20.

Fortsetzung.

§. 293.

B. Hinsichtlich der Frage, in wie fern ein streitender Theil verpflichtet sey, seinem Proceßgegner Urkunden zu ediren, wird zwar allgemein anerkannt, daß, wenn einer der im vorigen Paragraph angeführten speciellen Verpflichtungsgründe unter den Parteien vorhanden ist, die letzteren sich gegenseitig die Edition nicht verweigern können, gleichviel, ob der Kläger von dem Beklagten, oder dieser von jenem die Edition verlangt.

Für den Fall aber, wenn ein specieller Verpflichtungsgrund nicht vorhanden ist, werden jetzt gewöhnlich folgende Regeln aufgestellt:

I. Der Kläger ist schon in Folge seiner Parteistellung, also auch ohne einen besonderen materiellen Grund verpflichtet, dem Beklagten alle Urkunden zum Behufe seiner Vertheidigung herauszugeben. — Der Beklagte hingegen kann

II. nicht angehalten werden, dem Kläger zum Beweise seiner Klage Urkunden zu ediren; wenn nicht etwa 1) der Fiscus Kläger, oder 2) der Beklagte wegen Zinswuchers belangt ist.

Zur Rechtfertigung der beiden Hauptsätze beruft man sich vorzugsweise auf

c. 5. 6. u. 8. C. 2. 1.
Martin, Lehrb. §. 316.
Schmid, Handb. II. S. 281. not. 13.

Nach dem richtig verstandenen Inhalte der Gesetze lassen sich jedoch diese Regeln nicht unbedingt rechtfertigen. — Daß der Beklagte ohne einen speciellen Grund nicht schuldig ist, dem Kläger zur Begründung und zum Beweise seiner Klage Urkunden herauszugeben, ist allerdings richtig, und würde sich, wenn es auch in c. 1. u. 4. C. De edendo nicht bestimmt wäre, schon aus anderen Gesetzen ergeben.

Vgl. c. 7. C. 4. 20.
c. 1. X. 2. 19.

Daß aber umgekehrt der Kläger verpflichtet seyn soll, dem Beklagten in allen Streitsachen alle Urkunden herauszugeben, welche diesem zur Führung des Vertheidigungsbeweises dienen können, läßt sich aus den hiefür angerufenen Gesetzen nicht nachweisen. Denn auch abgesehen davon, daß in der c. 5. u. 6. cit. nicht von dem Beklagten überhaupt, sondern nur von einem solchen die Rede ist, a quo *pecunia* petitur, sprechen sowohl diese beiden Gesetze, als auch die c. 8. nur davon

daß es ein billiges Begehren des Beklagten sey, exhiberi *rationes* creditoris, welche vielleicht auch etwas zur Vertheidigung des Beklagten Dienendes enthalten können. Der Ausdruck „*rationes*" bezeichnet aber keineswegs Urkunden aller Art, sondern nur die Hausrechnungs- oder Geschäftsbücher, welche — ähnlich den rationibus der argentarii — nach Römischer Sitte auch Privatleute zu führen pflegten.

Vgl. Ascon. Ped. interpret. ad Cic. in Verrem L. I. c. 23.

Fr. 6. §. 3. D. 2. 13.

Höchstens könnte also eine Verbindlichkeit des Klägers zur Vorlage dieser rationes aus den angeführten Stellen abgeleitet werden; und da die Römische Sitte, dergleichen Hausbücher zu führen, jetzt bei Privatleuten nicht mehr allgemein vorausgesetzt werden kann, so würde die Anwendung jener Gesetze auf jeden Fall sehr unsicher seyn.

Wenn man aber auch die Editionspflicht des Klägers mit Rücksicht auf

Fr. 1. §. 3. D. 2. 13.

wo auch instrumenta genannt werden, auf alle Urkunden ausdehnt, so ist nicht zu übersehen, daß in eben dieser Stelle bemerkt wird, daß der Kläger die Urkunden sogleich mit der actio schon ediren soll, und zwar nur diejenigen, *quibus ipse usurus est*.

Will man daher auch darüber hinwegsehen, daß die Römische, schon mit der *editio actionis* verbundene Urkundenedition jetzt nicht mehr nothwendig ist;

J. R. A. §. 35. vergl. §. 39.

Schmid, Handb. II. S. 279. not. 1.

so kann man doch höchstens den Satz vertheidigen: „Wenn sich der Kläger zur Begründung seiner Klage

selbst auf Urkunden beruft, deren Inhalt der Beklagte auch zu seiner Vertheidigung benutzen zu können glaubt, so kann der letztere, wenn der Kläger die Urkunden nicht selbst vorgelegt hat, auf deren Edition antragen." — Daß übrigens der Beklagte sich in diesem Falle der Urkunden eben sowohl zur Begründung von Einreden, als zur Führung des directen Gegenbeweises bedienen darf, ist im Hinblicke auf c. 6. u. 8. C. 2. 1. nicht zu bezweifeln.

Vergl. über das Ganze:

M. Mittermaier a. a. O. S. 48—68.

Heffter, Syst. S. 306 flg.

Wetzell, Syst. S. 156. not. 104.

Was übrigens die beiden Ausnahmen betrifft, welche man gewöhnlich von der Regel macht, daß der Beklagte ohne speciellen Grund nicht verpflichtet sey, dem Kläger Urkunden zu ediren, (s. oben II. 1 u. 2), so sind dieselben gesetzlich allerdings begründet.

Fr. 2. §. 1 u. 2. D. 49. 14.

Vergleiche darüber:

M. Mittermaier a. a. O. S. 32.

Glück, Comm. XXII. S. 118.

Clem. un. §. 1. 5. 5.

Nur die jetzige Anwendbarkeit der zweiten Ausnahme in Betreff des Zinswuchers wird von Einigen bestritten, weil das allgemeine Zinsverbot des canon. Rechts jetzt nicht mehr beachtet wird.

M. Mittermaier a. a. O. S. 38.

Allein in so fern auch neben der Zulassung von Zinsen doch noch eine usuraria pravitas möglich ist, kann man nicht sagen, daß jene Vorschrift des canon. Rechts jetzt gar nicht mehr anwendbar sey.

Schmid, Hdb. II. S. 282. not. 14.

Fortsetzung.

§. 294.

Ueber das Verfahren im Editionsstreite ist Folgendes zu bemerken;

1) Der Implorant muß die Urkunde, auf deren Edition er anträgt, beschreiben. Gänzlich unbestimmte und vage Anträge dieser Art werden mit Recht zurückgewiesen. Auf der andern Seite darf aber der Richter dieses Erforderniß auch nicht zu strenge nehmen; zumal in solchen Fällen, in welchen dem Imploranten die zu einer speciellen Bezeichnung erforderliche Kenntniß unter den gegebenen Umständen nicht zugemuthet werden kann.

Bopp in der Zeitschr. von Linde u. Marezoll Bd. V. S. 140 flg.

Besitzt allenfalls der Implorant eine Abschrift der zu edirenden Urkunde, so ist es das Zweckmäßigste, diese dem Gesuche beizufügen.

2) In dem Editionsgesuche muß auch der Rechtsgrund angeführt werden, wegen dessen der Implorant seinen Gegner für verpflichtet hält, die Urkunde vorzulegen.

Außerdem wird

3) gewöhnlich auch noch gefordert, daß der Implorant in seinem Gesuche schon eine Bescheinigung darüber beibringe, daß sich die befragliche Urkunde im Besitze des Gegners befinde. Allein gesetzlich ist Dieses nicht vorgeschrieben, und auch von allgemeinen processualischen Grundsätzen ausgehend, gelangt man nicht zu diesem Resultate, wenn man auch zugeben muß, daß der Editionsstreit, wenigstens unter den Parteien selbst, nur eine Incidentsache und folglich summarisch zu behandeln

ist. Denn nur in einigen summarischen Processen ist die Verbindung des Beweises oder einer Bescheinigung mit der Imploration nothwendig. Der Editionsstreit muß aber nicht gerade in der Form eines solchen Verfahrens eingeleitet werden. Es genügt daher, wenn der Implorant vorläufig auch nur anführt, daß der Gegner die Urkunde besitze.

Bopp in der Zeitschr. von Linde u. Marezoll Bd. VII. S. 206 flg.

Als ein selbständiger Antrag kommt das Editionsgesuch übrigens gewöhnlich nur dann vor, wenn es gegen einen Dritten gerichtet ist. Verlangt eine Partei von der andern die Edition einer Urkunde, so bildet das Gesuch meistentheils nur einen Anhang einer andern Proceßschrift. In dem ersten Falle ist übrigens die Klage auf Edition bei demjenigen Gerichte anzubringen, welches nach den allgemeinen Grundsätzen als zuständig erscheint.

4) Das weitere Verfahren hängt von der Erklärung des Imploraten ab. — Gesteht dieser zwar den Besitz der Urkunde, bestreitet aber die Verbindlichkeit, sie zu ediren, so wird hierüber nach vorgängiger weiterer Instruction, wenn eine solche nöthig erscheinen sollte, in Gemäßheit der oben vorgetragenen Grundsätze über die Editionspflicht von dem Gerichte entschieden. — Läugnet aber der Implorat den Besitz der Urkunde, so kann es zu dem s. g. Editionseide kommen, welcher dahin geht, daß man die verlangte Urkunde nicht besitze, und auch dieselbe nicht böslicher Weise zu besitzen aufgehört habe. — Ueber die rechtliche Natur dieses Eides bestehen sehr abweichende Ansichten. — Im Röm. Rechte ist er als eine eigenthümliche Eidesart nicht begründet. Denn das jusjur., von welchem in der c. 22. C. 4. 21. Erwähnung geschieht, ist nicht der jetzt übliche Editionseid, und hängt mit der

von Justinian eingeführten allgemeinen Verbindlichkeit zur Urkundenedition zusammen (s. oben). Auch ist diese Stelle nicht glossirt. — Seinem Inhalte nach übereinstimmend mit unserem Editionseide wäre zwar der Eid, dessen Justinian in der c. 21. C. 4. 21. gedenkt (quod *nec habeat* eam chartulam, *nec dolo malo fecerit*, quo minus appareat); allein der Fall, für welchen dieser Eid eingeführt wurde, ist ein anderer, als der, in welchem unser Editionseid vorkommt. — Bei diesem Mangel an gemeinrechtlichen Bestimmungen ist von Vielen das Sächsische Recht in der Doctrin benützt worden, welches den Editionseid in so fern als eine besondere Eidesart aufstellte, als dabei der Calumnieneid, die Relation und die Gewissensvertretung ausgeschlossen wurde.

Goldschmidt, Abh. S. 87 flg.

Schmid, Hdb. II. S. 287. not. 14.

Andere hingegen betrachten diesen Eid als einen gewöhnlichen zugeschobenen Eid.

Glück, Comm. XXII. S. 124.

v. Grolman, Theorie des ger. Verf. S. 326.

Da, wo durch Particulargesetze nichts darüber verordnet ist, dürfte es am angemessensten seyn, die allgemeinen Grundsätze des gemeinen Rechts über Beweislast und Beweismittel zur Anwendung zu bringen. — Der Implorant muß demnach, wie in anderen Fällen, wo er auf Restitution oder Exhibition einer bestimmten Sache anträgt, im Falle des Widerspruches beweisen, daß der Gegner diese Sache besitzt. Mangeln ihm hiezu die gewöhnlichen Beweismittel, so kann er auch von der Eidesdelation Gebrauch machen, und diese hat hier nichts Besonderes. — Sollte er aber den Besitz des Gegners auf andere Art, jedoch nur unvollständig bewiesen haben, so kann auch auf einen nothwendigen Eid erkannt werden,

und in diesem Falle kann der Editionseid auch als ein purgatorium vorkommen.

Vergl. noch: Mittermaier im Arch. für civ. Prax. Bd. IX. S. 378 flg.

Auch die geschichtliche Untersuchung führt auf den Gesichtspunkt des Reinigungseides zurück.

Wetzell Syst. I. S. 157. not. 108.

5) Wenn der verurtheilte Implorat die Edition ungehorsam verweigert, so kann der Implorant darauf antragen, daß ihm das Interesse geleistet werde;

Fr. 6. §. 4; fr. 8. pr. §. 1. D. 2. 13.

dessen Größe unter den gewöhnlichen Bedingungen auch durch das jusjur. in litem bestimmt werden kann.

Fr. 2. §. 1; fr. 10. D. 12. 3.

Der Gerichtsgebrauch hat aber zum Theile andere Zwangsmittel eingeführt. Wenn nämlich der Implorant eine Abschrift der zu edirenden Urkunde beizubringen vermochte, und der Implorat ist die Gegenpartei selbst, so wird, nach vorgängiger Androhung, die poena editi et recogniti gegen den Ungehorsam verhängt. — Konnte aber keine Abschrift vorgelegt werden, so wird mit der poena confessi rücksichtlich jener Artikel gedroht, welche durch die Urkunde bewiesen werden sollten.

Glück Comm. XXII. S. 126.

Das specielle Zwangsmittel, welches Clem. un. §. 1. De usur. vorschreibt, ist nicht mehr üblich.

II. Von der Beweisführung im Falle verlorner Urkunden.

§. 295.

Hiebei kommt es zunächst darauf an, ob dem Beweisführer eine Urkunde durch seinen jetzigen Gegner selbst

in böser Absicht entzogen worden ist, oder nicht. — In dem ersten Falle braucht der Producent weiter nichts zu beweisen, als die dolose Entziehung. Ist diese dargethan, so wird der angebliche Inhalt der entzogenen Urkunde ohne Weiteres als gewiß angenommen.

c. 20. C. 4. 19.

In dem zweiten Falle hingegen gelten folgende Regeln:

1) Kann der Producent die beurkundete Thatsache auch noch durch andere Mittel beweisen, so kommt der Verlust der Urkunde nicht in Betracht,

c. 1. 5. 7. 11. C. 4. 21.

und braucht nicht einmal bewiesen zu werden, wenn nicht etwa die Gültigkeit des Geschäftes durch schriftliche Errichtung bedingt war. Nur darf die peremtorische Frist zur Antretung des Beweises zu der Zeit noch nicht abgelaufen seyn, da der Producent einen andern Beweis substituiren will. Denn die Behauptung, daß der unverschuldete Verlust eines Beweismittels dem Producenten das Recht gebe, auch nach verstrichener Frist andere, innerhalb derselben nicht vorgeschlagene Beweismittel zu produciren, steht mit der Eventualmarime in Widerspruch, und kann daher nicht gebilligt werden, so allgemein sie auch vertheidiget wird.

A. M. Gönner Hdb. II. Abh. 39. §. 6. S. 311.

2) Fehlt es aber dem Producenten an anderen ordentlichen Beweismitteln, und ist vielleicht auch die Eidesdelation in dem gegebenen Falle nicht anwendbar, so könnte nur etwa noch dadurch geholfen werden, daß man die Existenz, den Inhalt und die Aechtheit der verlornen Urkunde auf andere Art, z. B. durch Zeugen bewiese. — Die Möglichkeit eines solchen Beweises kann nicht bezweifelt werden; aber unverkennbar ist auch die

Schwierigkeit desselben, und eben deßhalb haben sich die praktischen Schriftsteller nicht selten hiebei zu einer Nachsicht verleiten lassen, welche aber nicht zu rechtfertigen ist.

Vergl. hierüber:

Wernher Obs. IV. obs. 252.

Gönner Hdb. 2. Bd. S. 488 flg.

Archiv für civ. Pr. I. S. 57. not.

Glück Comm. XXII. S. 105.

3) Wenn der Verlust der Urkunde durch Schuld eines Dritten verursacht wurde, so kann gegen diesen auf Entschädigung geklagt und unter Umständen auch in litem gegen ihn geschworen werden.

C. Von dem Verfahren bei dem Beweise durch Augenschein.

§. 296.

Die Vornahme eines Augenscheines kann zuweilen von dem Richter von Amtswegen decretirt werden (S. oben), und dann kommt eine Antretung gar nicht vor. Wo aber dieses der Fall nicht ist, da geschieht die Antretung dieses Beweises durch ein Gesuch der Partei, worin nöthigenfalls die Zweckmäßigkeit einer Besichtigung ausgeführt und um die Vornahme derselben gebeten wird. — Bei Gränzstreitigkeiten und in anderen ähnlichen Fällen ist es nothwendig, zur vorläufigen Information des Richters einen Situationsplan oder dergl. beizulegen, J. R. A. §. 51.; und wo die Ausstellung des Befundscheines besondere technische Kenntnisse erfordert, pflegt man auch Sachverständige vorzuschlagen, deren Beiziehung jedoch auch der Richter ohne Antrag der Parteien verfügen kann.

Die richterliche Verfügung hierauf (welche übrigens

auch dann stattfindet, wenn der Richter die Handlung von Amtswegen vornehmen will) besteht in der Festsetzung eines Termines zur wirklichen Vornahme des Augenscheines, wozu beide Theile und die Sachverständigen vorgeladen werden. Die Ladung der Parteien ist zwar wesentlich nothwendig,

Wernher IV. 234.

wird aber in der Regel doch nur für monitorisch gehalten, d. h. wenn auch die Parteien nicht erscheinen, so wird die Augenscheins-Handlung von dem Richter doch vorgenommen.

Nur dann, wenn der zu besichtigende Gegenstand erst vorgelegt werden muß, oder wenn ohne Zuthun eines Theiles der Augenschein gar nicht abgehalten werden kann, pflegt man peremtorisch zu laden. Die hiebei anzudrohenden Nachtheile sind denjenigen analog, welche bei dem Urkundenbeweise vorkommen.

Schneider vom rechtl. Bew. §. 509 u. 510.

In dem festgesetzten Termine selbst begibt sich der Richter nach vorgängiger Beeidigung der Sachverständigen an Ort und Stelle, läßt sich von den Parteien die einzelnen Gegenstände, auf deren Besichtigung es hauptsächlich ankommt, vorzeigen, und sowohl hierüber, als auch über das, was er mit eigenen Sinnen wahrgenommen hat, ein genaues und vollständiges Protokoll abfassen. Wo durch eine bloße Beschreibung die Sache nicht anschaulich genug gemacht werden kann, sollen durch die beigezogenen Sachverständigen Zeichnungen, Grundrisse u. dergl. verfertiget, oder die bereits von den Parteien selbst vorgelegten nach dem Befunde richtig gestellt und amtlich beglaubiget werden. — Um nichts Ueberflüssiges in das Augenscheinsprotokoll zu bringen, und Erhebliches vielleicht zu übersehen, soll der Richter diese Handlung

nie unvorbereitet vornehmen, sondern sich schon vorher eine klare Vorstellung von dem Resultate zu machen suchen, welches der Augenschein liefern müßte, um vollständig zu beweisen, was bewiesen werden soll. Nach geschlossener Augenscheinshandlung tritt, wie gewöhnlich, das Schlußverfahren ein.

D. Von dem Verfahren bei dem Beweise durch (urtheilende) Sachverständige.

pp. 822

§. 297.

Die Antretung dieses Beweises geschieht ungefähr auf dieselbe Art, wie bei dem Zeugenbeweise. Der Beweisführer stellt nämlich den Satz auf, welcher durch das Gutachten bestätiget werden soll, — (aber nicht in der hier unpassenden Artikelform); — benennt zugleich die Sachverständigen, deren Vernehmung er wünscht, und verbindet damit das geeignete Gesuch. — Diese Antretungsschrift wird sodann der Gegenpartei mitgetheilt, aber nicht, wie bei dem Zeugenbeweise zur Abgabe von Interrogatorien, sondern damit auch sie Kunstverständige vorschlage, und ihre etwaigen Beweiseinreden vorbringe. Hat der Product dieser Aufforderung entsprochen, und auch seinerseits Kunstverständige in Vorschlag gebracht, so muß nach dem Grundsatze der Rechtsgleichheit der streitenden Theile auch dem Producenten noch Gelegenheit gegeben werden, seine Einreden vorzuschützen, ehe noch zur Vernehmung selbst geschritten wird. — Das weitere Verfahren hängt nun davon ab, ob von einer oder der anderen Seite Einreden gegen die vorgeschlagenen Kunstverständigen vorgebracht worden

sind, oder nicht. In dem ersten Falle muß über diese Einreden ein Incidentverfahren eingeleitet, wenn sich die Einreden gegründet zeigen, der unzulässige (oder auch wohl nur verdächtige) Sachverständige verworfen, und derjenigen Partei, welche ihn benannt hat, freigestellt werden, einen andern zu substituiren. — In dem zweiten Falle dagegen, oder, wenn die Beweiseinreden als grundlos zurückgewiesen worden sind, ist ein Termin zur Vernehmung der Sachverständigen anzusetzen, wozu sowohl diese, als auch die streitenden Theile vorgeladen werden. — In diesem Termine selbst werden nun

1) vor allem die Experten in Gegenwart der Parteien *beeidiget* (wenn sie nicht etwa ohnehin schon ein für allemal zu diesem Geschäfte verpflichtet sind); hierauf werden sie

2) von der Sache gehörig *informirt*, und zugleich von denjenigen Punkten oder Fragen in Kenntniß gesetzt, worüber sie ein Gutachten abgeben sollen, — Beides noch in Gegenwart der Parteien. — Vergl. jedoch *Seeger*, das Verfahren mit Sachverst. Stuttgart 1841. S. 83 flg. Endlich

3) folgt, wenn sie sich nicht eine Bedenkzeit ausbitten, *die wirkliche Vernehmung* selbst, und zwar ebenso, wie bei dem Zeugenbeweise, nämlich in Abwesenheit der Parteien und mit jedem allein.

Ueber die Folgen des Ungehorsams der Parteien s. *Seeger* a. a. O. S. 85 flg.

Die Art der Information richtet sich nach der Beschaffenheit des Gegenstandes. — Können die Objecte oder die Erscheinungen und Merkmale, worauf es bei der Beurtheilung hauptsächlich ankommt, noch in natura besichtiget werden, so ist es am sichersten und zweckmäßigsten, einen Augenschein vorzunehmen. Widrigenfalls

müssen den Kunstverständigen die actenmäßig erwiesenen Momente mitgetheilt werden, auf welche sich ihr Gutachten stützen soll. Weil übrigens auf die Information das Meiste ankommt, so ist es sehr zweckmäßig, wenn der Richter schon sogleich nach geschehener Antretung einen Entwurf der Instruction verfertiget, und diesen Entwurf den Parteien mittheilt, damit sie ihre Bemerkungen darüber machen, und nöthigenfalls auf Ergänzungen und Berichtigungen antragen können.

Seeger a. a. O. S. 80.

Nach geschlossener Vernehmung werden endlich die Gutachten den streitenden Theilen abschriftlich mitgetheilt, und die Schlußschriften abgefordert.

Das bisher beschriebene Verfahren findet auch dann Statt, wenn der Richter von Amtswegen die Beiziehung von Sachverständigen verfügt. Nur macht hier ein richterliches Decret den Anfang, worin die Nothwendigkeit dieser Verfügung ausgesprochen, und jede Partei aufgefordert wird, Sachverständige in Vorschlag zu bringen.

E. Von dem Verfahren bei dem Beweise durch den freiwilligen Hauptei d.

§. 298.

Die Antretung dieses Beweises geschieht durch die Delation des Eides, wobei zwar die Thatsache genau zu bestimmen ist, welche beschworen werden soll, die wörtliche Einrückung der Eidesformel aber nach gemeinem Rechte noch nicht für nothwendig gehalten wird.

Die Antretungsschrift wird sodann dem Delaten zur Abgabe seiner Erklärung binnen einer peremtorischen

Frist mitgetheilt, und von dem Inhalte dieser Erklärung hängt das weitere Verfahren ab. Protestirt nämlich

I. der Delat gegen die Eideszuschiebung, indem er Einreden gegen die Zulässigkeit derselben vorschützt, so muß vor allem über diese Einreden ein Incidentverfahren eingeleitet und darüber entschieden werden. Denn eine eventuelle Abnahme des Eides, unter Vorbehalt der Einreden für das künftige Schlußverfahren, ist unstatthaft, weil unnütze Eide vermieden werden sollen.

II. Wählt der Delat die Gewissensvertretung, so wird ihm zur Antretung desjenigen Beweises, durch welchen er sich von der Eidesleistung befreien will, eine peremtorische Frist gesetzt, und nach geschehener Antretung dasjenige Verfahren eingeleitet, welches der Beschaffenheit der gewählten Beweismittel entspricht. — Zweckmäßiger würde es übrigens seyn, wenn der Richter schon in dem Decrete, worin er den Delaten zur Erklärung über den zugeschobenen Eid auffordert, dieselbe Frist, welche zu diesem Zwecke gegeben wird, für den Fall der Gewissensvertretung sogleich auch zur Antretung des zu substituirenden Beweises und zwar in peremtorischer Eigenschaft vorschriebe.

III. Im Falle der Zurückschiebung wird zwar gewöhnlich ohne weiters von dem Gerichte die Eidesformel wörtlich vorgeschrieben; — dieselbe beiden Parteien (dem Relaten mit Beifügung der Relationserklärung) mitgetheilt, und ein Termin zur Leistung des Schwures festgesetzt. Da jedoch der Relat Gründe haben kann, die Zurückschiebung in concreto als unstatthaft anzufechten; da ferner der Referent sowohl, als der Relat gegen die von dem Richter entworfene Formel Einwendungen haben kann, so muß es beiden Theilen

gestattet werden, bis zu jenem Termine ihre Einwendungen vorzubringen, über welche sodann vor Allem noch zu verhandeln und zu entscheiden ist.

IV. Nimmt der Delat den zugeschobenen Eid unbedingt an, so entwirft der Richter die Eidesformel, theilt diesen Entwurf beiden Parteien mit, und setzt zugleich einen Schwörungstermin an, wozu die streitenden Theile peremtorisch vorgeladen werden. Erscheinen sie in diesem Termine, so wird nach vorgängiger Erklärung der Eidesformel und nach geschehener Warnung gegen den Meineid zuerst dem Deferenten der etwa geforderte Gefährdeeid, sodann dem Delaten in Gegenwart des Deferenten der Haupteid selbst abgenommen. Im Falle eines Ungehorsams ist zu unterscheiden: a) Bleibt der Delat aus, so tritt gegen ihn die poena recusati ein, vorausgesetzt, daß er peremtorisch geladen war. b) Erscheint aber der Deferent nicht, so kommt es darauf an, ob er den Gefährdeeid hätte schwören sollen oder nicht. In dem zweiten Falle schreitet man ungeachtet der Abwesenheit des Deferenten doch zur Abnahme des Haupteides. In dem ersten aber wird der Haupteid pro remisso gehalten, d. h. der Delat braucht gar nicht zu schwören, und wird doch so behandelt, als wenn er geschworen hätte.

Fr. 37. D. 12. 2.

Sind übrigens die Parteien mit der von dem Richter vorgeschriebenen Eidesformel nicht zufrieden, so können sie bis zum Schwörungstermine ihre Erinnerungen dagegen vorbringen, und über diese muß dann zuerst entschieden werden.

Impugnations- und Salvationsschriften finden hier nicht Statt, sondern nach geleistetem oder recusirtem Eide erfolgt sogleich das Definitivurtheil, vorausgesetzt, daß

die Entscheidung bloß von dem Eide allein abhängt. Ja, nach c. 11. C. 7. 45. soll schon in dem Decrete, worin auf den Eid erkannt wird, das Endurtheil in bedingter Form ausgesprochen werden.

F. Von dem Verfahren bei dem Erfüllungs- oder Reinigungseid.

§. 299.

Weil diese Eide von dem Richter aufgelegt werden, so kommt dabei eine Antretung gar nicht vor, wenn man nicht etwa das Erbieten des Producenten zum Erfüllungseide so nennen will, welches jedoch weder nothwendig noch für den Richter bindend ist. Die Auflage von Seite des Richters kann übrigens nach der oben angegebenen Beschaffenheit dieser Eide immer erst dann erfolgen, wenn das Beweisverfahren geschlossen, und der Versuch eines besseren Beweises nicht mehr zulässig ist. Findet der Richter wirklich nothwendig, einen solchen Eid aufzulegen, so soll er mit der Auflage immer eventualiter auch schon das Definitivurtheil verbinden (c. 11. C. 7. 45.), den Termin zur Ableistung des Eides aber erst nach eingetretener Rechtskraft des bedingten Endurtheils ansetzen.

Anhang.

Von dem Verfahren bei zusammengesetzten Beweisführungen.

§. 300.

Eine zusammengesetzte Beweisführung tritt in folgenden Fällen ein:

I. Wenn der Producent das thema prob. in mehrere Sätze zergliedert, und nicht über jeden dieser Sätze den Beweis durch dieselben Beweismittel antritt; oder

II. wenn er in Beziehung auf denselben Satz mehrere verschiedenartige Beweismittel cumulirt.

In dem ersten Falle pflegt man in der Praxis bei der Antretung des Beweises immer die Form des Articulirens zu beobachten, auch in Ansehung derjenigen Sätze, welche durch Beweismittel dargethan werden sollen, bei deren Gebrauche die Form der Artikel als unpassend erscheint. — Als wesentlich nothwendig ist jedoch diese Form nicht zu betrachten, selbst dann nicht, wenn sich auch unter den Beweismitteln Zeugen befinden. — Die richterlichen Verfügungen im Falle eines zusammengesetzten Beweises müssen zwar nach der Verschiedenheit der einzelnen in Vorschlag gebrachten Beweismittel auch verschieden ausfallen, und das Verfahren kann daher weder in Ansehung seiner Dauer, noch seiner Beschaffenheit überall dasselbe seyn. Um jedoch Zeit und Kosten zu ersparen, soll der Richter, so weit es thunlich ist, gleichzeitige Verhandlung eintreten lassen. — Sollte der Beweisführer über denselben Satz den Beweis *principaliter* durch gewöhnliche Beweismittel, z. B. durch Zeugen, *eventualiter* aber auch durch die Eidesdelation angetreten haben, so kann der Richter das Instructionsverfahren zunächst nur auf den principaliter angetretenen Beweis allein beschränken, und die Aufforderung des Delaten zur Erklärung über den Eidesantrag, sowie die weiteren Verhandlungen hierüber bis zu dem Zeitpunkte aufschieben, in welchem es durch die Resultate des Principalbeweises gewiß geworden ist, daß der Eid zu Hülfe genommen werden muß.

Vgl. Heise u. Cropp jurist. Abh. I. XV. besonders S. 280 flg.

Linde im Arch. XIV. S. 426 flg.

Er kann aber auch dem Producten in demselben Decrete, durch welches er ihn auffordert, binnen einer peremtorischen Frist gegen den Principalbeweis das Geeignete vorzunehmen, aufgeben, sich auch binnen gleicher Frist jetzt schon über die Annahme des eventuell zugeschobenen Eides zu erklären. — Welcher von beiden Wegen vorzuziehen sey, hängt von den jedesmaligen Umständen, und von dem Ermessen des Richters ab. Indessen ist es, — auch wenn der Richter den zweiten Weg vorzieht, nicht zweckmäßig, alle Verhandlungen über den Eid (z. B. über die etwa hiegegen vorgebrachten Einwendungen, über die Eidesformel u. dgl.) gleichzeitig neben der Instruction des Principalbeweises fortlaufen zu lassen, weil es ja möglich ist, daß der Principalbeweis ein Resultat liefert, welches den Rückgriff auf den nur subsidiär deferirten Eid überflüssig macht. Sobald sich daher der Delat in diesem Falle über die Annahme oder Zurückschiebung des Eides erklärt hat, soll der Richter das weitere Verfahren hierüber einstellen, und sich zunächst nur mit der Instruction des Principalbeweises allein beschäftigen. — Nur Das ist rathsam, dem Producten bei der Aufforderung zur Abgabe seiner Erklärung über den Eidesantrag ausdrücklich bemerklich zu machen, daß er, wenn er etwa von der Gewissensvertretung Gebrauch machen wollte, den ihm zu diesem Zwecke zu Gebote stehenden Beweis sogleich innerhalb der ihm ad reprobandum anberaumten peremtorischen Frist anzutreten habe, um jedem künftigen Streite über die Zulässigkeit der Gewissensvertretung nach dem Schlusse des principalen Beweises und Gegen-

beweises vorzubeugen. — Die Verfügung oder Entscheidung, welche nach der Durchführung des principalen Beweises zu treffen ist, hängt theils von den Ergebnissen dieses Beweises, theils von der Anfangs gegebenen Erklärung des Delaten über den Eidesantrag selbst ab. — Ist nämlich

I. der principale Beweis — sey es nun ohne Gegenbeweis, oder ungeachtet desselben vollständig zu Gunsten des Probanten ausgefallen, so findet gar kein Rückgriff auf den Eid mehr Statt, der Delat möge nun diesen eventuell acceptirt oder referirt haben, weil der eventus nicht eingetreten ist, für welchen allein der Eid deferirt wurde. In diesem Falle ist daher sofort definitiv für den Beweisführer zu erkennen.

Eben so wenig kommt es

II. zu einer wirklichen Benützung des Eides, wenn umgekehrt der Principalbeweis vollständig zu Gunsten des Producten ausgefallen ist, d. h. wenn entweder durch den Gegenbeweis, oder vielleicht durch den Hauptbeweis selbst gerade das Gegentheil von Dem zur juristischen Gewißheit gebracht wurde, was der Producent hätte beweisen sollen. — Denn hatte in diesem Falle der Product den Haupteid eventuell acceptirt, so braucht er doch nicht mehr zu schwören, weil der zu beschwörende Satz ohnehin schon erwiesen vorliegt, die eidliche Bekräftigung einer ohnehin schon erwiesenen Behauptung aber überflüssig ist. — C. 2. X. 2. 19. — Hatte aber der Product den Eid referirt, so kann es eben so wenig zur wirklichen Ableistung desselben kommen, weil auch die Relation nur eventuell, d. h. nur auf den Fall geschehen ist, wenn der zu beschwörende Satz nicht schon durch den principalen Beweis dargethan werden sollte.

In diesem Falle (II.) ist daher auch sofort definitiv

zu erkennen; jedoch nicht zu Gunsten des Beweisführers, sondern seines Gegners.

III. Wenn der Principalbeweis unvollständig geliefert wurde, aber zum Vortheile des Probanten, so kommt es zunächst darauf an, ob mehr oder weniger als halb bewiesen wurde. In dem ersten Falle ist dem Beweisführer der Erfüllungseid aufzulegen, und zwar ohne Unterschied, ob der Product den eventuell zugeschobenen Eid acceptirt oder referirt hatte. Denn hatte er ihn referirt, so würde der Probant ohnehin zum Schwure kommen, und der Inhalt dieses Schwures würde mit dem Inhalte des Erfüllungseides vollkommen übereinstimmen. Hatte aber der Product den Haupteid acceptirt, so kann er doch nicht verlangen, daß nun er mit Hintansetzung des Erfüllungseides zur Leistung des acceptirten Haupteides zugelassen werde, weil nicht anzunehmen ist, daß der Beweisführer die Entscheidung der Sache auch für den Fall von dem Eide seines Gegners abhängig machen wollte, in welchem er selbst einen gesetzlichen Anspruch darauf haben würde, die Entscheidung durch einen eigenen Eid herbeizuführen. — Bei weniger als halbem Beweise ist aber der Product zum Reinigungseide zuzulassen. Hatte jedoch der Product den Haupteid eventuell referirt, so kann der Producent durch Verzichtleistung auf den weniger als halben Beweis die Zulassung zum zurückgeschobenen Eide bewirken.

IV. Ist der principale Beweis unvollständig aber zum Vortheile des Producten ausgefallen, d. h. ist durch den Gegenbeweis, oder vielleicht durch den Hauptbeweis selbst das directe Gegentheil von Dem, was der Probant beweisen wollte, theilweise dargethan worden, so ist auf folgende Art zu unterscheiden:

1) Hat der Product mehr als halben Beweis für

sich, so ist er zum Erfüllungseide zuzulassen. — Wenn er den freiwilligen Eid anfänglich eventuell acceptirt hatte, so ist dieser Satz ohnehin keinem Zweifel unterworfen, weil unter dieser Voraussetzung auch der Hauptteid ihm zustehen würde, dessen Inhalt mit dem Inhalte des Erfüllungseides vollkommen übeceinstimmend wäre. — Aber auch dann, wenn der Product den freiwilligen Eid eventuell referirt haben sollte, scheint der Erfüllungseid den Vorzug vor dem juram. relatum zu verdienen. Denn wenn man jene Partei schwören läßt, welche mehr als halben Beweis für sich hat, so ist weniger ein falscher Eid zu befürchten, als wenn man den Eid der Partei gestattet, welche mehr als halben Beweis gegen sich hat. Gegen die Einwendung, daß man den Referenten deßhalb nicht zum Erfüllungseide zulassen dürfe, weil er durch die Relation selbst zu erkennen gegeben habe, daß er entweder nicht schwören wolle, oder nicht schwören könne, kann bemerkt werden, daß das Nichtschwörenkönnen nicht nothwendig aus dem Acte der Relation folgt; das Nichtschwörenwollen aber im Hinblicke auf die Eventualität der Erklärung auf den Fall zu beschränken seyn dürfte, wenn der principale Beweis überhaupt zu keinem Resultate führen sollte.

A. M. Volgiano. Vgl. Darstellung II. S. 214. nro. 2.

Uebrigens scheint dem Producten die Freiheit, unter Verzichtleistung auf die doch nur für ihn allein vortheilhaften Beweisresultate, den Relationsantrag zu erneuern, mit hinreichenden Gründen nicht bestritten werden zu können.

2) Hat der Product weniger als halben Beweis für sich, und hatte er den freiwilligen Eidesantrag referirt, so ist jedenfalls dem Beweisführer der Reinigungseid aufzulegen, welcher ja materiell ohnehin mit dem ihm referirten Haupteide übereinstimmt. — Hatte aber der Product den Haupteid eventuell acceptirt, so ist zwar zunächst auch die Auflage des Reinigungseides begründet. Wenn jedoch der Product auf den für ihn sprechenden geringen Beweis verzichtet, so kann er verlangen, zur Ableistung des von ihm eventuell acceptirten Haupteides zugelassen zu werden. Ein Protestationsrecht von Seite des Deferenten kann hiergegen nicht als begründet erachtet werden, indem er sich die Zulassung seines Gegners zur Leistung des Haupteides selbst dann hätte gefallen lassen müssen, wenn der principale Beweis minder ungünstig für ihn ausgefallen wäre, nämlich, wenn er nur gar kein Resultat, also wenigstens doch kein positiv nachtheiliges für ihn geliefert hätte.

A. M. ist wegen analoger Anwendung des Grundsatzes der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel Bolgiano a. a. O. S. 213 unt.

Wenn aber

V. der principale Beweis (Haupt- und Gegenbeweis zusammengefaßt) gar kein positives Resultat geliefert hat, weder für den Producenten, noch für den Producten, dann muß auf den eventuell zugeschobenen Eid zurückgegangen werden. Denn dieß ist gerade der Fall, welchen der Producent bei der eventuellen Zuschiebung im Auge hatte. — Welche Partei übrigens den Eid wirklich zu leisten habe, hängt von der früheren Erklärung des Delaten ab. Hatte dieser den Eid acceptirt, so wird

er selbst, — hatte er ihn deferirt, so wird der Deferent zum Schwure gelassen. — Sollte sich aber der Product anfänglich für die Gewissensvertretung erklärt haben, so würde dieselbe bei der hier vorausgesetzten Actenlage als mißlungen zu betrachten, und daher der Delat aufzufordern seyn, sich jetzt noch entweder für die Annahme oder für die Relation des Eides zu erklären. — Wenn der Richter die im Eingange dieses Paragraphen empfohlene Vorsichtsmaßregel beobachtet, und dem Delaten die Antretung des Exonerationsbeweises binnen der peremtorischen Reprobationsfrist zur Pflicht gemacht hatte, — so ist diese Auffassung ohnehin keinem Zweifel unterworfen. Aber auch dann, wenn der Richter die Verbindung des Exonerationsbeweises mit dem Gegenbeweise nicht ausdrücklich anbefohlen, sondern nur eine peremtorische Gegenbeweisfrist angeordnet hatte, scheint die nachträgliche Zulassung einer Gewissensvertretung nach dem Ablaufe jener Frist unstatthaft zu seyn, weil der Exonerationsbeweis, materiell betrachtet, nichts Anderes ist, als ein directer Gegenbeweis.

Vergl. über das Ganze:

Gensler im Arch. I. S. 155 flg.

Dr. Ans. Debes, Beiträge zu der Lehre von dem Verhältn. des freiwill. ger. Eides zu den nothw. Eiden. Würzb. 1835.

Besonders:

Bolgiano im Archiv für civil. Prax. Bd. XXXIII. S. 43 flg. und in der

Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Neue Folge. Bd. VII. S. 276 flg. u. S. 302 flg.

Von dem richterlichen Erkenntnisse nach beendigtem Beweisverfahren.

§. 301.

Die endliche Entscheidung des Processes hängt von der Prüfung und Abwägung des geführten Beweises, und, — wenn Beweis und Gegenbeweis geführt worden sind, von der Anwendung derjenigen Grundsätze ab, welche über die Nothwendigkeit des Gegenbeweises, und über das Verhältniß desselben zum Hauptbeweise gelten.

Die möglichen Fälle sind hiebei folgende:

I. Es ist nur Hauptbeweis, und gar kein Gegenbeweis, weder ein directer, noch ein indirecter geführt worden. In diesem Falle kommt es darauf an, ob der Hauptbeweis vollständig hergestellt, oder nur zum Theile gelungen oder gänzlich mißlungen ist.

In dem ersten Falle ist für den Beweisführer zu erkennen; — in dem zweiten auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid; — in dem dritten endlich gegen den Beweisführer; — ausgenommen, wenn der ganz oder zum Theile mißlungene Beweis ein anticipirter war, für welchen bisher keine peremtorische Frist vorgeschrieben wurde, in welchem Falle noch auf besseren Beweis erkannt werden muß.

II. Es ist Hauptbeweis und directer Gegenbeweis geführt worden. Hier ist vor Allem der Grundsatz zu bemerken, daß sich Beweis und Gegenbeweis von gleicher Kraft, insofern sie in Ansehung desselben Satzes mit einander collidiren, gegenseitig aufheben. Daraus folgt,

1) daß, wenn Beweis und Gegenbeweis gleich stark ausgefallen sind, immer definitiv gegen den Hauptbeweisführer zu erkennen ist. Denn hier geht dem an-

gegebenen Grundsatze zufolge der Hauptbeweis durch den Gegenbeweis gänzlich auf, und es kommt daher die Regel zur Anwendung: „actore non probante reus absolvitur." — Noch viel mehr muß Dieses geschehen, wenn

2) der Gegenbeweis stärker ist, als der gelieferte Hauptbeweis. Ist dagegen

3) der Hauptbeweis stärker, als der Gegenbeweis, so wird entweder der Erfüllungs- oder Reinigungseid auferlegt, je nachdem das Uebergewicht des Hauptbeweises größer oder geringer ist.

Zwar ist unter Bezugnahme auf das Röm. und canon. Recht

Fr. 21. §. 3. D. 22. 5.

c. 32. X. 2. 20.

für den Fall eines Haupt- und Gegenbeweises durch Zeugen behauptet worden, daß der Hauptbeweis, wenn er vollständig gelingt, und außerdem auch noch — entweder durch die innere Wahrscheinlichkeit der ihn begründenden Zeugenaussagen, oder durch die größere Anzahl der Zeugen ein Uebergewicht über das Resultat des Gegenbeweises für sich hat, — durch den Gegenbeweis gar nicht geschwächt werde, selbst dann nicht, wenn gleich auch der letztere vollständig gelungen wäre; so daß unter dieser Voraussetzung auch ohne die vorgängige Auflage eines nothwendigen Eides sofort die definitive Verurtheilung des Beklagten erfolgen müsse; — und dieselbe Ansicht ist auch auf den Fall eines Haupt- und Gegenbeweises durch Urkunden ausgedehnt worden.

Gesterding Nachforsch. IV. 2. S. 136 flg.

(Man hat dieses Princip das Bevorzugungsprincip genannt, im Gegensatze zu dem Subtractionsprincipe, welches der gewöhnlichen Ansicht zu Grunde liegt. Bolgiano, Vergl. Darstell. II. S. 232. not. 1.)

Allein, wenn auch zugegeben werden muß, daß zuweilen das Uebergewicht des Hauptbeweises über den (auch vollständig gelieferten) Gegenbeweis aus den angeführten Gründen so groß seyn kann, daß der Richter die Auflage des Erfüllungs- oder Reinigungseides nicht mehr für nothwendig hält, so kann doch ohne offenbaren Widerspruch mit der Natur der Sache, und mit der in den Gesetzen selbst ausgesprochenen Regel, daß in diesem Gebiete Alles von dem freien Ermessen des Richters abhängen, und daß der Richter, wenn er es zu seiner Beruhigung nothwendig fände, zur Auflage eines Notheides berechtiget seyn soll, — gewiß nicht behauptet werden, daß im Falle eines solchen Uebergewichts, ohne alle Rücksicht auf die Importanz desselben, jedesmal sofort die definitive Verurtheilung des Beklagten erfolgen müsse.

Schmid, Hdb. II. S. 419. not. 5.

Bolgiano a. a. O. S. 237 flg.

Bei der Prüfung und Abwägung des beiderseits gelieferten Beweises ist übrigens zu unterscheiden, ob gleichartige oder verschiedenartige Beweismittel collidiren.

A. In dem ersten Falle hat der Richter zunächst a) die individuelle Glaubwürdigkeit und Tüchtigkeit eines jeden Beweismittels, und b) die Erheblichkeit des durch dasselbe gelieferten Resultats zu prüfen. Außerdem kommt auch namentlich bei dem Zeugenbeweise c) die innere Wahrscheinlichkeit der Aussagen und d) die Anzahl der gleichförmig deponirenden Zeugen in Betracht. — Das Gesammtresultat dieser mehrseitigen Prüfung wird sodann den Richter von selbst in den Stand setzen, zu beurtheilen, ob sich Beweis und Gegenbeweis einander vollständig aufheben, oder ob auf der einen oder anderen Seite ein Uebergewicht vorhanden ist.

Da übrigens der directe Gegenbeweis (abgesehen von dem Falle, in welchem er nur auf die Untüchtigkeit oder Verdächtigkeit der Hauptbeweismittel gerichtet ist) dasselbe Thema, wie der Hauptbeweis, nur von der negativen Seite aufgefaßt, zum Gegenstande hat; und da die beiderseits vorgeschlagenen Beweismittel, insofern der Grundsatz der communio auf dieselben anwendbar ist, eine gemeinschaftliche Ueberzeugungsquelle für den Richter sind: so ist bei jener Prüfung darauf, von welcher Seite ein Beweismittel vorgeschlagen wurde, kein entscheidender Werth zu legen, so daß z. B. ein von dem Hauptbeweisführer producirter Zeuge, wenn er direct gegen den Producenten aussagt, eben sowohl als Gegenbeweiszeuge in Anschlag kommt, als wenn ihn der Product vorgeschlagen hätte. Zum Schlusse ist noch zu bemerken, daß wenn gegenseitig der Beweis durch Sachverständige geführt worden ist, die bisher aufgestellten Regeln nicht zur Anwendung kommen, sondern die für diesen Fall schon früher entwickelten eigenthümlichen Grundsätze.

S. oben S. 825.

Fortsetzung.

§. 302.

B. Wenn Hauptbeweis und directer Gegenbeweis nicht durch gleichartige, sondern durch verschiedenartige Beweismittel geführt worden sind, z. B. durch Zeugen und Urkunden, so ist zwar zunächst allerdings, wie bei gleichartigen Beweismitteln, die individuelle Glaubwürdigkeit eines jeden Mittels, und die Erheblichkeit des durch dasselbe gewonnenen Resultats zu prüfen. Allein außerdem ist im Falle einer Collision auch noch auf das Rang-

verhältniß der collidirenden Beweismittel Rücksicht zu nehmen.

Ueber dieses Rangverhältniß gelten aber folgende allgemeine Regeln:

1) Ein förmlich abgelegtes gerichtliches Geständniß geht allen anderen Beweisen vor. Selbst dann, wenn sich ein Schuldner durch die Leistung des zugeschobenen Eides von der in Frage stehenden Verbindlichkeit freigeschworen, hinterher aber gerichtlich eingestanden hätte, daß er jene Verbindlichkeit jetzt dennoch als bestehend anerkenne, weil er den Eid nur aus Irrthum abgelegt habe, würde dieses Geständniß dem Eide vorgehen. — Dasselbe würde auch der Fall seyn, wenn eine Partei früher die Richtigkeit einer thatsächlichen Behauptung des Gegners zugestanden, nachher aber durch andere Beweismittel, — sey es auch durch den Augenschein — vollständig dargethan hätte, daß das abgelegte Geständniß mit der objectiven Wahrheit nicht übereinstimmte. — Nur der Gegenbeweis eines unverschuldeten Irrthums vermag das gerichtliche Geständniß zu entkräften; allein in diesem Falle kann eigentlich von einer Collision der confessio mit anderen Beweisgründen nicht die Rede seyn.

S. oben S. 696 u. 697. dann S. 703.

2) Ein in Folge einer zulässigen Delation oder Relation gehörig abgeleisteter Schiedeseid geht ebenfalls (abgesehen von dem unter I berührten Falle eines von dem Juranten nachher abgelegten gerichtlichen Geständnisses) allen übrigen Beweisen vor, weil die Eidesdelation als ein Act der bedingten Verzichtleistung ohne Rücksicht auf den wahren Sachverhalt zu betrachten ist. Uebrigens wird es kaum irgend einmal vorkommen, daß sich eine Collision des Eides mit den Ergebnissen eines

anderen Beweises, z. B. durch Zeugen oder Urkunden, in Ansehung derselben Behauptung schon vor dem Endurtheile in den Acten vorfindet. Denn cumulativ darf ja der Eid mit anderen Beweismitteln nicht deferirt und benützt werden; und ebenso wenig ist nach der Herstellung eines gewöhnlichen vollständigen Beweises einer Behauptung noch die Delation des Eides über das Gegentheil dieser Behauptung; oder umgekehrt nach geleistetem Eide die Antretung eines gewöhnlichen Beweises gegen die Wahrheit des beschworenen Satzes zulässig; ausgenommen dieser Gegenbeweis wäre zugleich auf einen wissentlichen Meineid gerichtet. Ein solcher Meineidsbeweis kann aber nach gemeinem Rechte zwischen dem Zeitpunkte der Eidesleistung und der Urtheilsfällung gar nicht vorkommen, weil das Urtheil in der Hauptsache eventuell schon in dem Decrete, welches die Eidesleistung anordnet, ausgesprochen werden soll; — sondern erst nach der Purification des Urtheils in der Form einer Anfechtung des letzteren ex cap. perjurii. — Ein Eid für eine Behauptung, und ein anderer Beweis für das Gegentheil jener Behauptung könnte nur dann schon in denselben Acten zusammentreffen, wenn der Producent den Beweis einer Behauptung principaliter durch gewöhnliche Beweismittel, z. B. durch Zeugen, — zugleich aber eventuell durch Eidesdelation angetreten; nachher aber, und zwar nachdem der gewöhnliche Beweis bis zu einem gewissen Grade gelungen wäre, auf diesen Beweis renuncirt, — und die Eidesdelation allein vorgeschoben hätte, und wenn nun der Eid von dem Gegner wirklich geleistet worden wäre. — In diesem Falle würde jedoch auf das Resultat des gewöhnlichen Beweises schon wegen der in Mitte liegenden Renunciation kein Gewicht mehr zu legen seyn.

3) Was den Augenschein betrifft, so ist jedenfalls außer Zweifel, daß, wenn das vollständig relevante Resultat einer in gehöriger Form vorgenommenen Ocularinspection mit den Ergebnissen eines Beweises durch Zeugen, Urkunden oder Vermuthungen in Widerspruch stehen sollte, jenes Resultat ganz allein, ohne durch die entgegenstehenden Beweise im Geringsten geschwächt zu werden, den Ausschlag gibt. Denn durch den Augenschein gelangt der Richter zum eigenen, unmittelbaren Wissen, während die anderen genannten Beweisgründe nur einen höheren oder geringeren Grad des Glaubens in ihm zu bewirken vermögen. — Mit dem freiwilligen Eide kann aber der Augenschein nicht in Collision gerathen. Denn ist zuerst geschworen worden, so kommt auf die objective Wahrheit nichts mehr an. Ein Gegenbeweis durch Augenschein ist also nicht mehr zulässig. — Ist aber der Augenschein vorausgegangen, so findet über das Gegentheil des dadurch gewonnenen Resultats die Eidesdelation nicht mehr Statt. — In ähnlicher Weise verhält sich die Sache auch mit dem gerichtlichen Geständnisse. Denn das gerichtliche Geständniß kann als formeller Beweisgrund, als ein Act der Renunciation durch den bloßen Beweis der Unwahrheit nicht entkräftet werden. — Sollte aber jene Partei, welcher das Ergebniß des Augenscheins zur Seite stünde, hinterher doch gerichtlich das Gegentheil als wahr erklärt haben, so würde diese Erklärung als eine Verzichtleistung auf ihr Recht zu beurtheilen seyn.

4) Wenn die Aussagen von Kunstverständigen mit der Angabe von Zeugen oder mit dem Inhalte vorgelegter Urkunden in Widerspruch stehen, so kommt es darauf an, was in concreto den Zweck der Beweisauflage bildete, ob die technische Beurtheilung eines gewissen

Verhältnisses, oder die Erforschung der Wahrheit einer sinnlich erkennbaren Thatsache. In dem ersten Falle kommt bloß das Gutachten der Sachverständigen in Betracht. Eine entgegenstehende Ursache würde nur dann auch zu berücksichtigen seyn, wenn sie gleichfalls ein — in dieser Form zulässiges Gutachten über denselben Gegenstand enthielte. — In dem zweiten Falle hingegen haben unbedingt die Zeugenaussagen den Vorzug, wenn die Zeugen das zu beweisende Factum selbst wahrgenommen haben, während die Kunstverständigen ihre Aussage über dieses Factum nur auf eine Vermuthung gründen können. Wenn daher die Aechtheit einer Urkunde durch zwei verdachtfreie Zeugen, welche bei der Ausstellung der Urkunde zugegen waren, eidlich bestätigt wird, so kommt dagegen der von den Schreibverständigen bei einer Schriftvergleichung geäußerte Zweifel an der Aechtheit nicht in Betracht.

5) Zeugen und Urkunden werden zwar in Ansehung ihrer Beweiskraft in den Gesetzen überhaupt einander gleichgestellt.

c. 15. C. 4. 21.
c. 10. X. 2. 22.
Die c. 1. C. 4. 20 kann als eine lex restituta hiegegen nicht angeführt werden.

Indessen sind doch hiebei verschiedene Modificationen zu bemerken. Wenn nämlich

a) die Urkunde, deren Inhalt mit gehörig geleisteten Zeugenaussagen in Widerspruch steht, nur ein außergerichtlich niedergeschriebenes Zeugniß enthält, so ist sie ohne entscheidendes Gewicht.

S. oben S. 838 und 839.

Enthält sie aber ein von einem Gerichte oder von einer hiezu ermächtigten Behörde in gehöriger Form

ausgefertigtes öffentliches Zeugniß über eine von der ausstellenden Behörde selbst wahrgenommene Thatsache, so ist die Urkunde den Zeugenaussagen vorzuziehen, insofern diese nur einfach die Existenz jener Thatsache widersprechen. Wenn jedoch die Zeugen specielle Umstände angeben, aus welchen die Unächtheit oder die Verfälschung der Urkunde folgt; oder, wenn sie nur einen in der öffentlichen Urkunde nicht berührten Umstand bekräftigen, so ist dem Zeugenbeweise mehr Gewicht beizulegen.

Vgl. §. 12. J. 3. 19.

c 18. C. 4. 19.

Nov. 73. c. 3.

S. oben S. 840 u. S. 397.

A. M. Gensler im Arch. IV. S. 284 c.

b) Enthält eine von dem Beweisführer producirte Urkunde ein von dem Proceßgegner selbst abgelegtes außergerichtliches Geständniß, und der letztere hat die objective Unrichtigkeit des Geständnisses durch Zeugen nachgewiesen, so kommt es darauf an, ob die Urkunde ein förmliches Schuldbekenntniß mit ausdrücklicher Beifügung des Entstehungsgrundes der Schuld enthält, oder nicht. — In dem ersten Falle soll nach Röm. Rechte der Zeugenbeweis gar nicht in Betracht kommen;

fr. 25. §. 4. D. 22. 3.

c. 13. C. 4. 30.

Vgl. jedoch c. 14. X. 2. 22.

S. oben S. 713 u. 714.

in dem zweiten Falle aber hat der Richter die Collision ebenso zu beurtheilen, als wenn sich bloß Zeugen einander gegenüberstünden, vorausgesetzt, daß nicht etwa durch die Reprobatorialzeugen ein

Irrthum bei der Ausfertigung der Urkunde, oder eine Verfälschung derselben nachgewiesen wurde, in welchem Falle der Urkundenbeweis gar nicht in die Wagschale zu legen ist.

c) Wenn gegen eine sogenannte dispositive Urkunde (s. oben S. 844) ein Gegenbeweis durch Zeugen geführt wurde, so kommt es darauf an, ob dieser Gegenbeweis über die Einrede der Simulation, eines Betruges, einer Verfälschung der Urkunde, oder eines wesentlichen Irrthums geführt wurde, oder bloß einfach über die Behauptung, daß die in der Urkunde ausgedrückte Willenserklärung nicht stattgefunden habe. In dem ersten hat zwar der Zeugenbeweis (wenn derselbe gelungen ist) unbedingt den Vorzug; allein hier ist eine Collision im eigentlichen Sinne gar nicht vorhanden, weil die beiden Beweise auf verschiedene Thatsachen gerichtet sind. In dem zweiten Falle hingegen ist (anerkannte Aechtheit der Urkunde vorausgesetzt) der Gegenbeweis durch Zeugen wirkungslos. (S. oben S. 844.)

d) Außerdem ist a) durch besondere gesetzliche Verordnung der Gegenbeweis durch Zeugen für unwirksam erklärt gegen eine eidlich bekräftigte Urkunde, in welcher der Aussteller seine Großjährigkeit versichert hatte;

c. 3. C. 2. 43.

und b) findet sich in fr. 10. D. 22. 3 die Bemerkung, „census et monumenta publica potiora esse testibus," welche gewöhnlich so verstanden wird, daß bei dem Beweise öffentlicher Abgaben die öffentlichen Bücher den Zeugen vorgehen sollen.

Gensler im Arch. IV. S. 283.

6) Wenn mehrere Vermuthungen mit einander collidiren, so gehen die Rechtsvermuthungen den einfachen vor; obgleich die letzteren bei einem wider die praesumtio juris geführten Gegenbeweise auch in Betracht kommen können, insofern nicht etwa die Rechtsvermuthung eine s. g. praesumtio juris et de jure ist. — Ueber das Rangverhältniß einfacher, unter sich collidirender Präsumtionen lassen sich aber keine sicheren allgemeinen Regeln aufstellen, obgleich Dieses früherhin nicht selten versucht worden ist (vergl. z. B. J. Menochius de praesumtion.); sondern hierüber muß in vorkommenden Fällen die Entscheidung dem richterlichen Ermessen überlassen werden.

Ueber die in diesem §. berührten Collisionsfälle vergl.:

J. H. Böhmer de collisione prob. Hal. 1707 (auch abgedruckt in dessen exercit. ad Pandect. tom. IV. exercit. 65.).

Ejusd. Jus eccles. Protest. lib. II. tit. XIX. §. 14 bis 38.

Martin Lehrb. (12. Aufl.) §. 191.

Gensler im Arch. für civ. Prax. IV. S. 280—285.

v. Linde, Lehrb. (7. Aufl.) §. 321.

Bolgiano, vergleichende Darstellung des gem. und bayer. Civilproc. II. S. 232 bis 252. — Eine ausführlichere Erörterung dieser Lehre von demselben Verfasser wird erscheinen in dem zu erwartenden nächsten 2ten Hefte des XIII. Bandes der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß.

Fortsetzung.

§. 303.

III. Wenn gegen den Hauptbeweis ein sog. *indirecter Gegenbeweis* geführt worden ist, so kann von einer gegenseitigen Aufhebung oder Schwächung der Beweise nicht die Rede seyn, weil man unter dem indirecten Gegenbeweise den Beweis der Einrede gegen die Klage, der Replik gegen die Einrede u. s. w. versteht, also dieser sog. Gegenbeweis ein ganz anderes Thema hat, als der Hauptbeweis, und daher mit dem letzteren gar nicht zusammenstößt. — In diesem Falle ist daher jeder der beiden Beweise *gesondert* aufzufassen, und mit dem ihm gegenüberstehenden *directen* Gegenbeweise nach den im vorigen §. aufgestellten Regeln zu prüfen. — Die Frage aber, wie in einem solchem Falle in der Hauptsache selbst zu erkennen sey, muß im Allgemeinen nach den bekannten Grundsätzen über das Verhältniß der Einreden (und folglich auch des Einredebeweises) zur Klage (und dem Klagebeweise) beantwortet werden, gemäß welchen

a) Einrede und Beweis derselben gar nicht als nothwendig erscheinen, wenn der Beweis der Klage gänzlich mißlungen ist, weil in diesem Falle nach der Regel actore non probante etc. ohnehin in der Hauptsache gegen den Kläger erkannt werden muß;

b) dagegen aber eine auch vollständig bewiesene Klage durch eine bewiesene Einrede wieder entkräftet wird.

Das Urtheil kann in Folge der Anwendung dieser beiden Grundsätze nach der Verschiedenheit der Resultate der beiderseitigen Beweisführung sehr verschieden ausfallen. Abstrahirt man von dem Falle, in welchem außer

dem Beweise der Klage, und einer dagegen vorgeschützten Einrede auch noch der Beweis einer wahren Replik gegen die Einrede, und vielleicht selbst noch der Beweis einer wahren Duplik gegen die Replik geführt worden ist, so ergibt sich folgende casuistische Uebersicht:

A. Der Hauptbeweis ist gänzlich mißlungen. In diesem Falle braucht man den indirecten Gegenbeweis gar nicht mehr zu prüfen, sondern es kann ohne Weiters gegen den Hauptbeweisführer erkannt werden, weil der Beklagte wider eine nicht bewiesene Klage gar keiner Einrede bedarf, nach der Regel: actore non probante reus absolvitur.

B. Der Hauptbeweis ist vollkommen gelungen. Ist hier a) auch der indirecte Gegenbeweis vollständig geliefert, so muß gegen den Hauptbeweisführer erkannt werden, weil durch eine bewiesene Einrede auch eine bewiesene Klage vereitelt wird. Ist b) der Gegenbeweis völlig mißlungen, so ist für den Hauptbeweisführer zu erkennen. Ist endlich c) der Gegenbeweis unvollständig ausgefallen, so ist rücksichtlich des Gegenbeweises der Erfüllungs- oder der Reinigungseid aufzulegen.

C. Der Hauptbeweis ist unvollständig geliefert worden.

Hier ist weiter zu unterscheiden:

a) Der Gegenbeweis ist vollständig.

In diesem Falle ist ohne Weiters gegen den Hauptbeweisführer zu erkennen, weil ja selbst im Falle eines vollständig gelieferten Hauptbeweises eben so erkannt werden müßte.

Die Auflage eines nothwendigen Eides in Ansehung des Hauptbeweises findet daher in diesem Falle nicht statt; ausgenommen das der Einrede

zu Grunde liegende Recht könnte auch mit einer selbständigen Klage verfolgt werden, wie Dieses z. B. bei der Einrede der Compensation zutrifft. In diesem Falle könnte der Beklagte allerdings darauf bestehen, daß, wenn der Klagebeweis unvollständig geliefert wurde, zunächst auf den entsprechenden nothwendigen Eid erkannt werde, weil auf diese Art vielleicht die Abweisung der Klage bewirkt wird, ohne zu diesem Zwecke die bewiesene Einrede verbrauchen zu müssen, wodurch dem Beklagten die Möglichkeit entzogen würde, seinen Gegenanspruch noch durch eine Klage geltend zu machen.

b) Ist der Gegenbeweis völlig mißlungen, so muß in Ansehung des Hauptbeweises auf den Erfüllungs- oder auf den Reinigungseid erkannt werden.

Ist endlich

c) der Gegenbeweis auch unvollständig geliefert, so kommt es auf den Grad der Unvollständigkeit an, welcher auf beiden Seiten vorhanden ist. — Die möglichen Fälle sind hiebei folgende:

aa) Der Beweis ist auf beiden Seiten mehr als halb geliefert. — Unter dieser Voraussetzung muß beiden Parteien der Erfüllungseid aufgelegt werden. — Der Hauptbeweisführer muß sich aber zuerst über dessen Annahme erklären. Nimmt er den Eid an und leistet er denselben, dann kommt erst die Reihe an den Reprobanten. — Recusirt aber der Hauptbeweisführer das suppletorium, so braucht der Reprobant gar nicht mehr zu schwören, weil durch die Recusation des Ersteren der Hauptbeweis

vernichtet wird, und folglich die Regel zur Anwendung kommt: actore non probante etc.

bb) Der Beweis ist auf beiden Seiten weniger als halb geliefert. In diesem Falle ist beiden Theilen der Reinigungseid aufzulegen. — Hier muß sich aber der Reprobant zuerst über die Annahme erklären. Acceptirt und schwört er das purgat., so fällt der Reinigungseid auf Seite des Hauptbeweisführers als unnütz hinweg, weil durch den Eid des Reprobanten der Hauptbeweis annullirt wird, und folglich der Beweis der Einrede ohnehin nicht mehr in Betracht kommt. Recusirt aber der Reprobant das purg., so kann er dessen ungeachtet noch darauf bestehen, daß sich der Hauptbeweisführer über den ihm auferlegten Eid erkläre. Denn die Recusation von Seite des Reprobanten hat zwar die Folge, daß der Hauptbeweissatz als eingestanden angenommen wird; allein dem auf solche Art in Gewißheit gesetzten Hauptangriffe (z. B. der Klage) steht doch noch einiger Beweis der Einrede entgegen, welcher sich durch die Verweigerung des dagegen zu leistenden Reinigungseides ebenfalls in vollen Beweis durch Geständniß verwandeln könnte; und dann müßte nach der Regel, daß eine eingestandene Klage durch eine eingestandene peremtorische Einrede entkräftet wird, doch gegen den Hauptbeweisführer erkannt werden, obwohl der Gegenbeweisführer seinerseits den Reinigungseid recusirt hatte.

cc) Der Beweis ist auf jeder Seite gerade halb geliefert worden.

In diesem Falle hat der Richter sowohl bei dem Klagebeweise, als bei dem Einredebeweise die oben

S. 913 unter 1, 2 u. 3 angeführten Regeln zu Hülfe zu nehmen, um sich darüber schlüssig zu machen, welcher Partei in Ansehung der Klage, welcher in Ansehung der Einrede der nothwendige Eid aufzulegen sey. Die Anwendung jener Regeln wird nicht selten zu dem Resultate führen, daß derselben Partei beide Eide aufzulegen sind, z. B. dem Kläger der Erfüllungseid hinsichtlich der Klage, und der Reinigungseid hinsichtlich der Einrede; oder umgekehrt dem Beklagten das suppletor. über die Einrede, das purgator. über die Klage. Im Falle eines solchen Zusammentreffens beider Eide in einer Person ist jedoch zu bemerken, daß der Beklagte zwischen beiden Eiden wählen kann, während der Kläger immer beide schwören muß. Dieser letzte Umstand hat im Hinblicke auf den Grundsatz, daß die Eide nicht ohne Noth vervielfältiget werden sollen, in der neuesten Zeit zu dem Lehrsatze Veranlassung gegeben, daß in dem Falle, wenn auf beiden Seiten gerade halber Beweis geliefert wurde, immer dem Beklagten elective beide Eide aufzulegen seyen; m. a. W. es ist die Rücksicht auf Eidesersparung für einen dringenderen Anhaltspunkt erklärt worden, als die Rücksicht auf ein geringes Mehr von Sachkenntniß und selbst von persönlicher Glaubwürdigkeit.

Bolgiano in der Zeitschrift für Civilr. u. Proc. N. F. VIII. Bd. Hft. 3. S. 359.

Allein gegen diese Ansicht entsteht vorzüglich in dem Falle ein gegründetes Bedenken, wenn das Gericht den Kläger als einen rechtschaffenen und gewissenhaften Mann kennt, während der Leumuth des Beklagten notorisch z. B. in Folge früherer

Verurtheilung desselben wegen verübter Betrügereien getrübt ist. Allerdings wird nämlich auch in diesem Falle ein Eid erspart, wenn man den Beklagten vorzieht, während der Kläger beide Eide zu schwören hätte. Es scheint aber doch weniger bedenklich zu seyn, zwei Eide ohne die Gefahr eines Meineides zuzulassen, als einen mit dieser Gefahr, und die Regel „perjuria vitanda sunt“ (welche in der gewöhnlichen Theorie der Rücksicht auf die persönliche Glaubwürdigkeit zu Grunde liegt) verdient doch wohl den Vorzug vor der „juramenta non sunt multiplicanda.“ — Uebrigens wird sich in der Folge zeigen, daß das Eideserſparungssystem in einem andern Falle allerdings ohne Gefahr angewandt werden kann.

dd) Der Probant hat weniger, der Reprobant hat mehr, als halben Beweis geliefert. In diesem Falle ist dem Reprobanten zugleich der Reinigungs- und der Erfüllungseid aufzulegen. Er hat aber die Wahl zwischen beiden. Schwört er das purg., so wird dadurch der Hauptbeweis (z. B. der Klage) annullirt, und dann braucht er den Gegenbeweis (z. B. der Einrede) nicht mehr zu ergänzen.

Leistet er aber das supplet. (in Beziehung auf die Einrede), so ist es nicht mehr nothwendig, das purg. in Ansehung der Klage zu übernehmen, weil durch eine vollbewiesene Einrede auch eine zugestandene Klage vereitelt wird.

ee) Der Reprobant hat weniger, der Probant mehr als halben Beweis geliefert. Hier fallen beide Eide zugleich auf den Probanten. Er hat aber die Wahl nicht, sondern muß beide leisten,

um nicht sachfällig zu werden; und zwar zuerst das supplet. zur Ergänzung seines Hauptbeweises, sodann das purg., um den auch der nun erwiesenen Klage immer noch nachtheiligen Beweis der Einrede zu entkräften.

ff) Der Probant hat gerade halben Beweis geliefert, der Reprobant mehr als halben.

In diesem Falle kann unbedenklich das Eidesersparungsprincip angewandt, und ohne Rücksicht auf die S. 913 angeführten Regeln dem Beklagten immer, außer dem ihm ohnehin zustehenden Erfüllungseide hinsichtlich der Einrede, auch der Reinigungseid hinsichtlich der Klage aufgelegt werden. Denn wenn sich auch der Richter, — abgesehen von dem Einredebeweise, — wegen der besseren Sachkenntniß, oder wegen der größeren persönlichen Glaubwürdigkeit des Klägers bewogen finden könnte, diesem in Ansehung der Klage den Erfüllungseid aufzulegen, so würde doch der Kläger dadurch nicht in eine bessere Lage kommen, als wenn dem Beklagten beide Eide aufgelegt werden, weil der Beklagte doch in einem wie in dem andern Falle mit dem Supplet. hinsichtlich der Einrede die Hinterhand hat, und durch die Ableistung desselben auch die suppletorisch beschworene Klage entkräften kann.

Bolgiano a. a. O. S. 358.

gg) Der Probant hat gerade halben, der Reprobant weniger als halben Beweis geliefert.

Hier muß jedenfalls hinsichtlich der Einrede dem Kläger das purgatorium aufgelegt werden. — Ob der Kläger auch zu dem supplet. in Ansehung der Klage zuzulassen, oder ob nicht vielmehr dem Beklagten hinsichtlich der Klage das purgator. auf-

zulegen sey, hängt von den S. 913 angegebenen Rücksichten ab. Das Eidersparungsprincip ist in diesem Falle ohne Erfolg, weil, wenn man auch dem Kläger immer ohne andere Rücksicht auch den Erfüllungseid auflegen würde, er doch, um seinen Zweck zu erreichen, beide Eide leisten müßte.

hh) Hat der Probant mehr als halben, der Reprobant aber gerade halben Beweis hergestellt, so ist jedenfalls dem Probanten der Erfüllungseid bezüglich des Hauptbeweises aufzulegen. Ueber den hinsichtlich des Einredebeweises zu wählenden Notheid entscheiden wieder die S. 913 angeführten Regeln. Das Eidersparungsprincip ist auch hier unanwendbar, weil jedenfalls beide Eide geschworen werden müßten.

Sollte endlich

ii) ein weniger als halb gelieferter Hauptbeweis einem gerade halb gelieferten Einredebeweise gegenüberstehen, so ist jedenfalls dem Reprobanten das purg. gegen den Hauptbeweis zu geben. Ob aber hinsichtlich des Einredebeweises auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid zu erkennen sey, hat der Richter ebenfalls wieder nach den S. 913 bestimmten Rücksichten zu bemessen.

Vergl. über das Ganze:

v. Gönner, Hdb. II. Abh. 41. §. 14. und Abh. 42. §. 6. flg.

Gensler im Arch. IV. S. 285 flg.

Bolgiano, vergl. Darst. S. 252 flg.

Periode der Rechtsmittel.

Begriff.

§. 304.

Unter Rechtsmittel im weitesten Sinne versteht man überhaupt jedes Mittel zur Wahrung oder Geltendmachung eines Rechtes. In diesem Sinne werden auch Klagen, Einreden, Repliken u. s. w. Rechtsmittel genannt. Im processualischen Gebiete wird aber diesem Ausdrucke auch noch eine engere Bedeutung beigelegt, gemäß welcher man dabei zunächst nur an die Geltendmachung eines Beschwerderechts gegen den Richter oder gegen richterliche Handlungen denkt. Ja nicht einmal alle Mittel, welche zu diesem Zwecke gebraucht werden können, werden als Rechtsmittel im eigentlichen Sinne bezeichnet, sondern nur einige derselben. — Dieser engste und eigentliche Begriff der Rechtsmittel ergibt sich aber aus folgender Entwickelung:

Im Allgemeinen kann der Richter einer Partei auf doppelte Art Anlaß zu einer Beschwerde geben: entweder I. durch Unthätigkeit oder Saumseligkeit in der Erfüllung seiner Amtspflichten; oder II. durch eine diesen Pflichten nicht entsprechende Thätigkeit. Letzteres ist wieder auf verschiedene Art möglich. Es kann 1) geschehen durch eine aus böser Absicht, oder aus Irrthum entstandene ungerechte Entscheidung der streitigen Frage selbst; oder 2) durch eine Verletzung der vorgeschriebenen Formen des gerichtlichen Verfahrens; oder endlich 3) durch ungebührendes persönliches Benehmen gegen eine Partei, bei Gelegenheit der gepflogenen Verhandlung, wenn auch ohne Einfluß auf das Urtheil oder die Proceßleitung. —

Außerdem, und abgesehen von diesen Fällen, in welchen durchgehends dem Richter etwas zur Last gelegt wird, kann sich aber eine Partei zuweilen auch bloß durch das objective Mißverhältniß seines Ausspruches zu dem materiellen Rechte verletzt fühlen, ohne dabei dem Richter ein persönliches Verschulden beizumessen.

Nach gemeinem Rechte sind nun der sich verletzt glaubenden Partei in allen diesen Fällen Mittel geboten, um der Beschwerde abzuhelfen: 1) in dem Falle einer Justiz-Verweigerung oder Verzögerung die querela deneg. oder protract. justitiae; — 2) gegen irrthümliche Entscheidungen der Streitfrage selbst die Appellation (oder Revision); 3) gegen absichtlich ungerechte Urtheile auch noch die s. g. Syndicatsklage, unter Umständen auch die Richtigkeitsbeschwerde; — 4) gegen Verletzungen der Formen des gerichtlichen Verfahrens, — außer der Appellation, — wenn die verletzte Form bloß auf positiven gesetzlichen Bestimmungen beruhte, die s. g. Beschwerde über heilbare; — wenn sie aber auf allgemeinen, naturwesentlichen Grundsätzen beruhte, — die Beschwerde über unheilbare Nichtigkeit; — 5) gegen persönliche Verunglimpfung Beschwerde bei dem zuständigen Obergerichte, unter Umständen auch die Injurienklage; — endlich 6) gegen materiell ungerechte Urtheile ohne Verschulden des Richters die Appellation und die restitutio in integrum.

Vergleicht man nun diese verschiedenen Mittel, deren sich die Parteien bedienen können, so findet sich, daß einige derselben den Zweck haben, die Aufhebung oder Abänderung der beschwerenden Verfügung, verbunden mit einer rechtlichen Einwirkung auf das Verhältniß des Proceßgegners hervorzubringen; während andere entweder diesen Zweck gar nicht haben, oder doch wenigstens ohne Einfluß auf das Verhältniß der Gegenpartei bleiben. Nur die Mittel

der ersten Art pflegt man jetzt Rechtsmittel im eigentlichen Sinne zu nennen; nicht auch die der letzteren Art. — Als eigentliche Rechtsmittel werden demnach nur bezeichnet: die Appellation (und die unter verschiedenen Benennungen in manchen Ländern vorkommenden Surrogate derselben, z. B. die Revision, Läuterung, Supplication u. dgl.), die Nichtigkeitsbeschwerde, und das Mittel der rest. i. i. —

Dagegen die Beschwerde über verweigerte oder verzögerte Justiz, — die Syndicatsklage, sowie die Beschwerden und Klagen wegen persönlicher Ungebühr des Richters werden von dem Gebiete der eigentlichen Rechtsmittel ausgeschlossen.

Vgl. Martin, Lehrb. §. 274.
v. Gönner, Hdb. III. Abh. 56.
Heffter, Syst. §. 433.
v. Linde, Handb. IV. Bd. §. 1—3.
Schmid, Handb. III. §. 225.

Eintheilung der eigentlichen Rechtsmittel.

§. 305.

Den bisher üblich gewordenen Eintheilungen der eigentlichen Rechtsmittel liegt entweder die Rücksicht auf die Regelmäßigkeit ihres Vorkommens, oder auf gewisse eigenthümliche Wirkungen zu Grunde, welche sie hervorbringen können. — In der ersteren Beziehung unterscheidet man ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel, und versteht unter den ordentlichen solche, welche regelmäßig jedesmal gebraucht werden können, so oft man sich durch irgend eine richterliche Verfügung verletzt fühlt; unter außerordentlichen aber die, welche nur unter gewissen

besonderen, nur seltener vorkommenden Voraussetzungen anwendbar sind. Den ersten Anspruch auf das Prädicat eines ordentlichen Rechtsmittels in diesem Sinne hat die Appellation. Da jedoch in manchen Ländern mit der Appellation auch andere Rechtsmittel unter verschiedenen Benennungen electiv concurriren (z. B. die Revision, Supplication u. dgl.), so werden auch diese den ordentlichen Rechtsmitteln beigezählt. Als außerordentliche Rechtsmittel in diesem Sinne erscheinen aber die Nichtigkeits-Beschwerde und das Rechtsmittel der restit. i. i. — Sehr oft wird übrigens die Eintheilung in ordentliche und außerordentliche Rechtsmittel auch durch eine andere Rücksicht motivirt. Im Allgemeinen gilt nämlich die Regel, daß ein Urtheil, wenn zehn Tage nach dessen Verkündigung verstrichen sind, unanfechtbar seyn soll, und nur ausnahmsweise wird auch später noch eine Anfechtung zugelassen. Im Hinblick auf diesen Grundsatz nennt man nun ordentliche Rechtsmittel diejenigen, welche binnen der regelmäßigen Frist von zehn Tagen gebraucht werden müssen; außerordentliche aber die, welche ausnahmsweise auch später noch stattfinden. Das Resultat ist übrigens dasselbe, man möge nun diesen oder den zuerst angegebenen Gesichtspunkt vorziehen, d. h. auch nach dem letzteren Eintheilungsgrunde erscheinen die Appellation und deren particularrechtliche Surrogate als ordentliche Rechtsmittel; die Nullitätsbeschwerde und die restit. i. i. aber als außerordentliche. Nur ist nach dieser Auffassung auch noch die Beschwerde über s. g. heilbare Nullitäten den ordentlichen Rechtsmitteln beizuzählen.

Mit Rücksicht auf die Wirkungen theilt man aber die Rechtsmittel ein 1) in devolutive und nicht devolutive, je nachdem sie die Prüfung und Entscheidung der erhobenen Beschwerde an einen Richter höherer Instanz

bringen causam devolvunt ad judicem superiorem), oder diese Prüfung demselben Gerichte (oder einer in Folge der Actenversendung substituirten Facultät) überlassen, von dem die beschwerende Verfügung ausgegangen ist; —

2) in suspensive und nicht suspensive Rechtsmittel, je nachdem sie den Vollzug des angefochtenen Urtheils oder der angefochtenen Verfügung vor der Hand hemmen oder nicht.

Vgl. über diese Eintheilungen:
Martin, Lehrb. §. 275.
v. Gönner, Hdb. III. Abh. 56. §. 11.
Heffter, Syst. §. 434.
v. Linde, Lehrb. §. 379.

Von den ordentlichen Rechtsmitteln.

Von der Appellation.

Begriff und Eigenthümlichkeit.

§. 306.

Unter Appellation verstehen wir das ordentliche Rechtsmittel, wodurch ein höheres Gericht aufgefordert wird, ein von einem subordinirten Untergerichte erlassenes Decret zu prüfen und abzuändern. — Das Auszeichnende dieses Rechtsmittels in Vergleich mit den übrigen besteht darin, daß dasselbe immer devolutiv ist, d. h. daß dadurch die Sache jedesmal an eine höhere Instanz gebracht wird, während sie bei den übrigen entweder in derselben Instanz bleiben muß oder doch bleiben kann.

Die Gestalt, in welcher die Appellation jetzt im gemeinen Processe vorkommt, hat dieselbe theils durch

die oft unrichtige Anwendung Röm. Grundsätze, theils durch den Einfluß des canonischen Rechts erhalten, welches letztere dieses Rechtsmittel noch weit mehr, als das Römische begünstigte. — Bei den Römern selbst ist die Appellation als Beschwerdeführung gegen Urtheile in Civilsachen bei einem höheren Richter erst während der Kaiserregierung ausgebildet worden. Die alte provocatio ad populum, von der sich schon in der Periode der königlichen Herrschaft ein Beispiel findet, und welche nachher durch mehrere leges bestätigt wurde, scheint nur wegen ungerechter Strafverfügungen eines magistratus gegen einen Röm. Bürger stattgefunden zu haben. Der Versuch aber, den Ausspruch oder die Verfügung einer Obrigkeit durch die Intercession einer andern zu vereiteln, unterschied sich darin von der Appellation der späteren Zeit, daß die Intercession nicht nothwendig durch einen höheren magistratus geschehen mußte (obwohl der Ausdruck „appellare" auch für diesen Versuch schon vorkommt), so wie durch den Umstand, daß durch die Intercession nur der Vollzug einer Verfügung verhindert, nicht aber eine andere materielle Verfügung an deren Stelle gesetzt wurde.

S. F. Car. Conradi scripta minora ed. Lud. Pernice. Hall. 1823. voll. I. p. 3 — 86.

Zimmern, Geschichte des Röm. Privatr. III. Bd. §. 169. flg.

Bethmann-Hollweg, Hdb. des Civilproc. I. Abth. I. Bd. S. 347 flg.

v. Savigny, Syst. VI. Bd. Beil. XV.

Keller, Röm. Civilproc. II. S. 349 flg.

Die Annahme der Römischen Bestimmungen über dieses Rechtsmittel in Deutschland fand übrigens um so weniger ein Hinderniß, als auch schon nach germanischem

Rechte ein Urtheil „gescholten," und dadurch an ein anderes Gericht gezogen werden konnte, obgleich allerdings zwischen dem „Urtheilschelten" und der Appellation im Sinne des Römischen Rechts ein wesentlicher Unterschied stattfand.

Eichhorn, d. St. u. R. G. II. §. 385. (3. Ausg.)
Dr. G. Phillips Grds. des gem. d. Privatr. 2. Aufl. Bd. I. S. 53.

Zulässigkeit der Appellation.

§. 307.

Die Bedingungen der Zulässigkeit dieses Rechtsmittels lassen sich im Allgemeinen kurz in folgenden Sätzen zusammenfassen. — Wenn die Appellation stattfinden, d. h. wenn nicht schon aus formellen Gründen die Zurückweisung derselben erfolgen soll, so muß

I. eine bestimmte richterliche Verfügung, ein Urtheil oder ein Decret vorliegen, wogegen sie ergriffen wird;
II. diese Verfügung muß für den Appellanten eine Beschwerde (ein gravamen) enthalten;
III. die Verfügung darf nicht bereits rechtskräftig seyn; und
IV. das Rechtsmittel darf nicht etwa wegen der Beschaffenheit oder wegen der Unerheblichkeit der Sache gesetzlich ausgeschlossen seyn. Außerdem wird auch noch
V. vorausgesetzt, daß die Berufung von einer dazu berechtigten Person ergriffen, und
VI. an das für den gegebenen Fall zuständige Obergericht dirigirt wurde.

Zu I.

§. 308.

Die erste Voraussetzung hat einen doppelten Sinn. Sie soll nämlich

1) ausdrücken, daß, — so lange eine Partei nur besorgt, durch eine richterliche Verfügung gekränkt zu werden, ihr aber diese Verfügung noch nicht förmlich eröffnet oder publicirt ist, eine Appellation dagegen nicht stattfindet. Wer Ursache zu haben glaubt, dem Richter ein befangenes Urtheil in der Sache zuzumuthen, kann zwar von dem Mittel der Perhorrescenz Gebrauch machen, aber nicht appelliren. — Eine bloß aus Furcht vor einem nachtheiligen Urtheile anticipirte, s. g. blinde Appellation wird nicht beachtet; d. h. die Publication des Urtheils wird dadurch nicht verhindert, und wenn die Partei durch den Inhalt des publicirten Urtheils wirklich verletzt zu seyn glaubt, so ist sie durch jene Anticipation der Verbindlichkeit nicht enthoben, das Rechtsmittel neuerdings einzuwenden. Vgl. jedoch oben S. 419. Das canonische Recht läßt zwar auch eine appellatio a *futuro* gravamine;

Clem. 3. 2. 12.

ja sogar eine *generalis* appellatio super omni gravamine quod possit inferri zu, wenn sie nur in diesem letzteren Falle auf eine bestimmte causa beschränkt wird.

c. 18. X. 2. 28.

Vgl. c. 2. X. eod.

Diese Ausdehnung hat jedoch in Deutschland nicht Eingang gefunden.

v. Linde im Arch. für civ. Prax. Bd. XIX. S. 2. u. 3.

Außerdem hat aber

2) das erste Erforderniß auch noch die Bedeutung, daß die Appellation nicht für den Fall einer willkürlichen Justizverweigerung oder einer Saumseligkeit des Richters eingeführt ist (in welchem Falle vielmehr die querela denegatae vel protractae justitiae stattfindet), sondern nur für den Fall einer positiven, auf rechtlicher Er-

wägung beruhenden Thätigkeit desselben. — Hiebei versteht sich jedoch von selbst, daß eine in der Form und unter dem Namen der Appellation eingekleidete Beschwerde über verweigerte oder verzögerte Justiz deßhalb nicht unwirksam bleibt.

Von welcher Beschaffenheit übrigens das Decret ist, gegen welches eine Partei die Berufung ergreifen will, d. h. ob dieses Decret das Endurtheil in der Hauptsache selbst (sentent. definitiva) oder nur ein Zwischenbescheid (sent. interlocutoria) oder nur ein einfaches Decret ist, — darauf kommt nach dem jetzigen gemeinrechtlichen Gerichtsgebrauche nichts an.

Die gesetzlichen Quellen des gemeinen Proceßrechtes beschränken zwar die Appellation auf das Endurtheil, und lassen sie gegen Interlocute nur ausnahmsweise in zwei Fällen zu, nämlich 1) wenn das Interlocut die Kraft eines Endurtheils haben, oder 2) eine solche Beschwerde enthalten sollte, welcher durch eine spätere Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr abgeholfen werden könnte. — Allein in der Praxis wird diese Beschränkung nicht mehr beobachtet. — Der Inhalt der gesetzlichen Quellen über diesen Punkt verdient übrigens eine genauere Erörterung, welche im folgenden §. mit specieller Rücksicht A) auf das Römische, B) auf das canonische Recht, und C) auf die deutschen Reichsgesetze gegeben werden soll.

§. 309.

A. Römisches Recht. Um Proceßverzögerungen zu vermeiden, welche unstreitig durch Zwischenappellationen begünstiget werden, stellte schon das ältere Röm. Recht den Grundsatz auf, daß nur gegen End-

urtheile (definit. sentent.), nicht auch gegen bloße Interlocute (articuli, oder praejudicia) appellirt werden könne. Von diesem Grundsatz, welcher auch von den ersten christlichen Kaisern wiederholt eingeschärft wurde, fanden nur wenige Ausnahmen statt, wohin namentlich der Fall gehörte, wenn der Richter eine peremtorische Einrede verworfen hatte.

Vergl. c. 1. 2. und 3. Cod. Theod. 11. 36. (von Constantin).

c. 5. 11. C. Th. ibid. (von Constantius).

c. 15. 16. und besonders c. 18. ibid. (von Valentinian und Valens), worin unter Bezug auf das jus antiquum die Ausnahmen angeführt sind, und womit zu vergleichen ist Fr. 2. D. 49. 5.

S. noch c. 23. und 24. C. Theod. 11. 36.

In der Folge, noch vor dem Ende des ersten Jahrhunderts nach Constantin scheint man zwar in der strengen Anwendung dieses Grundsatzes nachgelassen zu haben;

c. 40. 42. und 44. C. Theod. 11. 30.

allein Justinian stellte denselben wieder her.

c. 16. C. 3. 1.

c. 16. C. 7. 45.

c. 36. C. 7. 62. vergl. mit c. 6. pr. u. c. 21. eod.

Bethmann-Hollweg, Handb. des Civilproc. I. S. 351 flg.

Daß aber doch noch Ausnahmen gestattet wurden, muß man daraus schließen, daß Justinian ein Fragment von Scävola (Fr. 2. D. 49. 5.) in die Sammlung aufnehmen ließ, worin es heißt: *Ante* sententiam appellari potest, si quaestionem in civili negotio habendam judex interlocutus sit. Diese Stelle darf übrigens wohl nicht so allgemein verstanden werden, wie es gewöhnlich geschieht, und auch in den früheren Ausgaben gegen-

wärtiger Vorträge geschehen ist; sondern ist nur auf den Fall einer quaestio (peinlichen Frage, Tortur) zu beschränken. Vgl. Fr. 20. D. 48. 18. — Außerdem ist auch noch in Fr. 39. pr. D. 4. 4. (ebenfalls von Scävola) von einer Appellation gegen eine sententia de aetate die Rede, welche zum Behufe einer zu erlangenden restit. in integr. erwirkt worden war.

S. auch noch c. 16. C. 7. 45.

c. 30. C. 7. 62.

B. Das canonische Recht folgte in dieser Hinsicht den Vorschriften Justinians nicht, sondern begünstigte vielmehr den Gebrauch der Appellation auf jede mögliche Art, und ließ dieses Rechtsmittel gegen alle beschwerenden Verfügungen eines Richters, ohne Unterschied zwischen Definitivurtheilen und Interlocuten zu.

c. 5. und besonders 12. X. 2. 28.

c. 1. in 6. 2. 15.

Vergl. c. 12. in 6. 2. 15.

Auch gestattete dasselbe die Appellation wegen solcher Beschwerden, welche Jemanden von dem Richter außer einem anhängigen Processe zugefügt worden waren (appellatio extrajudicialis), wovon übrigens auch schon im Röm. Rechte mehrere Beispiele vorkommen.

Cl. 3. 2. 12.

S. darüber Linde in s. Zeitschrift Bd. IV. S. 226 flg.

Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 351.

Erst das Tridentinische Concilium beschränkte die Appellation gegen Interlocute auf solche Fälle, in welchen das Interlocut entweder die Kraft eines Endurtheils hätte, oder eine solche Beschwerde enthielte, welcher durch eine künftige Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr abgeholfen werden könnte.

Conc. Trid. Sess. 24. c. 20.

Linde (in s. Handb. Bd. IV. S. 88 not. 7.) dehnt wegen der Verbindung beider Sätze „vim definitivae habente et cujus gravamen etc." die Beschränkung noch weiter aus; was aber doch wohl zu bezweifeln ist.

C. In den deutschen Reichsgesetzen war diese Beschränkung schon vor dem Tridentinischen Concilium bestimmt ausgesprochen, und wurde auch späterhin noch bis zu dem J. R. A. herab wiederholt bestätiget.

C. G. O. 1495. §. 20.

C. G. O. 1555. II. 28. §. 6. II. 29. §. 3. und 4. III. 31. §. 10. und 11.

R. A. v. 1570. §. 91.

R. D. A. v. 1600. §. 113.

J. R. A. §. 58.

Die geschriebenen Quellen des gemeinen Rechtes führen demnach zu dem Resultate, daß die Appellation gegen Interlocute zwar erlaubt ist, jedoch nur in so fern, als das beschwerende Decret eine interlocutoria vim definitivae habens ist, oder ein solches gravamen enthält, welches durch die künftige Appellation gegen die defin. sentent. nicht mehr gehoben werden kann.

Diese beiden Fälle, in welchen ausnahmsweise eine Appellation gegen ein Interlocut gestattet wurde, sind wahrscheinlich durch Generalisirung der in Fr. 2. D. 49. 5. und Fr. 39. pr. D. 4. 4. enthaltenen singulären Vorschriften entstanden. Vergl. die Glosse zu diesen beiden Stellen. — C. G. O. 1555. Th. II. Tit. 28. §. 6. u. f. „wie das in den kaiserl. Rechten geordnet ist."

Allein die Unbestimmtheit dieser gesetzlichen Gränze zwischen appellablen und nicht appellablen Interlocuten oder Decreten, und die Schwierigkeit auszumitteln, auf

welche Zwischenbescheide die angeführten Merkmale anwendbar seyen, hatten die Folge, daß in der Praxis gewöhnlich noch die Bestimmungen des canonischen Rechts vor dem Trident. Concilium in dieser Hinsicht befolgt, und Appellationen gegen alle richterlichen Decrete ohne Unterschied zugelassen werden.

S. Mittermaier, der gem. d. Proc. Beitr. III. S. 28.

Vergl. *Boehmer*, J. E. Pr. II. 28. 10.

Abweichend v. Gönner Hdb. III. Abh. 61. §. 29.

Reinhardt Handb. II. §. 350.

Vergl. Linde in s. Zeitschrift Bd. IV. S. 1 flg. u. S. 217 flg.

Dessen Handb. Bd. IV. §. 32 flg.

Indessen ist doch zwischen der Appellation gegen Endurtheile, oder solche Interlocute, welche die Kraft eines Endurtheils haben, — und gegen andere Decrete, sowohl was die Nothwendigkeit des Gebrauches des Rechtsmittels, als das dabei zu beobachtende Verfahren betrifft, ein merklicher Unterschied, weßhalb in dem Nächstfolgenden ausschließend nur von der Appellation gegen definitive und diesen gleichgestellte Erkenntnisse gehandelt, die Eigenthümlichkeit der Appellation gegen andere richterliche Decrete aber später in einem eigenen Anhange nachgeholt werden soll.

Zu II.

§. 310.

Wenn gesagt wird, daß die richterliche Verfügung, — um Gegenstand einer Appellation seyn zu können, — eine Beschwerde (gravamen) enthalten müsse, so ist Dieses nicht so zu verstehen, als wenn die Beschwerde wirklich

begründet seyn müßte, sondern es genügt, wenn auch die Partei nur glaubt und behauptet, durch die Verfügung verletzt zu seyn. Von dem wirklichen Begründetseyn der Beschwerde hängt zwar der Erfolg, nicht aber auch die Zulässigkeit des Rechtsmittels ab, von welcher hier allein die Rede ist. —

Sollte übrigens das Decret zweideutig abgefaßt seyn, und die Partei dasselbe sogleich in dem für sie ungünstigen Sinne auffassen, so kann sie auch unbedenklich dagegen die Berufung ergreifen. — Wenn sie aber erst erfahren will, wie es der Richter eigentlich gemeint habe, so erscheint die Appellation nicht als das geeignete Mittel zu diesem Zwecke, weil in diesem Falle die Partei zur Zeit noch gar nicht behauptet, wirklich verletzt zu seyn.

S. oben S. 417 flg.

Der Grund der Beschwerde kann aber überhaupt von zweifacher Art seyn. Entweder glaubt nämlich A) die Partei, daß der Richter bei der betreffenden Verfügung einen Fehlgriff gemacht habe, oder sie hält B) seinen Ausspruch aus einem solchen Grunde für materiell ungerecht, wegen dessen sie ihm keinen Vorwurf machen kann. — Der Fehlgriff, welchen die Partei dem Richter in dem ersten Falle zur Schuld legt, kann aber wieder von doppelter Art seyn. Entweder beschuldigt sie ihn nämlich, daß er a) eine wesentliche, oder gesetzliche Form des Verfahrens verletzt, oder außer Acht gelassen, — also einen Verstoß in *procedendo* gemacht; — oder, daß er b) in der materiellen Beurtheilung der Streitfrage selbst fehlgegriffen, also in *judicando* geirrt habe. — Die Zulässigkeit der Appellation gegen irrige Urtheile, sey es nun, daß sie auf einer unrichtigen Auslegung der auf den concreten Fall passenden Gesetze,

oder auf der Anwendung unpassender Gesetze, oder auf einer unrichtigen Auffassung der in Frage stehenden Thatsachen, oder endlich auf einer unrichtigen Würdigung der geführten Beweise beruhen, ist keinem Zweifel unterworfen. Aber auch die Verletzung der Formen des Verfahrens muß (weil man dieses Rechtsmittel gegen Decrete aller Art zuläßt) als Rechtfertigungsgrund der Appellation anerkannt werden, obgleich gegen Fehlgriffe dieser Art auch die Beschwerde über heilbare oder unheilbare Nichtigkeit gebraucht werden kann. — Der zweite Fall (Lit. B.), in welchem sich eine Partei gegen das Urtheil beschweren kann, ohne dem Richter einen Vorwurf zu machen, tritt aber ein bei der s. g. appellatio ex capite novorum, von welcher ausführlicher zu handeln ist.

Fortsetzung.

Von der Begründung der Beschwerde durch neues Vorbringen.

§. 311.

Es kann sich ereignen, daß eine Partei erst nach der Bekanntmachung des richterlichen Urtheils einen Umstand entdeckt, welcher, wenn sie ihn schon in den vorausgehenden Verhandlungen hätte geltend machen können, den Richter bewogen haben würde, anders und zwar günstiger für sie zu erkennen. Nach dieser Entdeckung muß der Partei das publicirte Urtheil auch als materiell ungerecht und beschwerend erscheinen, obgleich sie dem Richter deßhalb keinen Vorwurf machen kann, weil er in Gemäßheit der Verhandlungsmaxime auf einen Umstand, der nicht von dem Betheiligten selbst zur gehörigen

Zeit vorgebracht wurde, nicht Rücksicht nehmen durfte. Um nun in einem solchen Falle der Beschwerde abzuhelfen, stände zwar der Partei ohnehin schon ein Rechtsmittel zu Gebot, nämlich das Rechtsmittel der restit. in integr. Allein nach gemeinem Rechte ist es ihr auch gestattet, sich zu demselben Zwecke der Appellation zu bedienen, wenn sie nur die Fatalien und Förmlichkeiten dieses Rechtsmittels beobachtet.

Vgl. aus dem Röm. Rechte:

c. 6. C. 7. 62.

c. 4. C. 7. 63.

c. 37. in f. C. 7. 62.

aus dem canon. Rechte:

c. 10. X. 2. 22.

und aus den deutschen Reichsgesetzen:

C. G. O. 1500. XV. §. 9. u. 10.

C. G. O. 1507. Art. III. §. 11. vergl. mit Art. II. §. 8.

C. G. O. 1555. Thl. III. Tit. 33. §. 3. flg.

Concept. Thl. III. Tit. 38. §. 15.

D. A. v. 1600. §. 114.

J. R. A. §. 64. 73. 74. u. 118.

Diese Befugniß, welche man das beneficium nondum deducta deducendi, nondum probata probandi zu nennen pflegt, kann jedoch nur dann als eine besondere Begünstigung betrachtet werden, wenn das neue Vorbringen thatsächliche Momente enthält. Denn daß der Appellant bei der Rechtfertigung seiner Beschwerden das factische Streitverhältniß, wie solches in den Acten der vorigen Instanz festgestellt wurde, aus einem neuen juristischen Gesichtspunkte auffassen, — daß er zur Unterstützung der für ihn günstigen Auffassung Gesetze und wissenschaftliche Autoritäten anführen kann, auf welche er sich in der vorigen Instanz noch nicht berufen

hatte, versteht sich von selbst; und es wird selten eine Appellation vorkommen, deren Ausführung nicht gerade in solchen wenigstens theilweise neuen rechtlichen Deductionen besteht. — Eine bloß auf früher nicht benützte Rechtsgründe oder nicht citirte Gesetze gebaute Berufung kann überhaupt nicht als eine appellatio ex capite novorum bezeichnet werden, weil es für den Richter kein novum in jure gibt, oder wenigstens geben soll; und daher in der Hinweisung auf Rechtsgründe und Gesetze, welche der Richter in den Entscheidungsgründen seines Urtheils nicht beachtet hatte, ein Vorwurf gegen denselben enthalten ist, in Folge dessen die Berufung unter den im vorigen §. lit. A. b. angedeuteten Gesichtspunkt fällt. Nur dann, wenn sich der Appellant auf ein erst nach der Publication des Urtheils promulgirtes Gesetz berufen würde, welches in seiner Sache einen günstigeren Ausschlag gäbe, als das früher geltende Gesetz, würde von einer appell. ex capite novor. die Rede seyn können, welche aber wegen der Unstatthaftigkeit der Rückanwendung neuer Gesetze ohne Erfolg bleiben müßte.

Eine Appellation wegen neuer thatsächlicher Momente ist übrigens auf zweifache Art möglich. — Der Appellant kann nämlich entweder

1) ganz neue factische Behauptungen aufstellen, welche, wenn sie bewiesen werden, vermöge ihres Einflusses auf das bestrittene Rechtsverhältniß eine andere für den Appellanten günstigere Entscheidung erwarten lassen; — oder

2) er kann nur über schon früher aufgestellte, aber nicht gehörig bewiesene Behauptungen neue Beweismittel in Vorschlag bringen.

Gesetzlich erlaubt ist Eines wie das Andere;

c. 4. C. 7. 63.

„novis adsertionibus utendi ..... et *probationes*, quae illo quidem tempore defuerint praebendi.“

C. G. O. 1555. III. 33. §. 3.

„etwas Neues, denn in erster Instanz einkommen, fürzubringen, oder Dasjenig, so in voriger Instanz fürbracht, noch weiter darthun und beweisen“

nur sind dabei gewisse Beschränkungen vorgeschrieben, welche in beiden Fällen nicht vollkommen übereinstimmen. — Wenn nämlich

zu 1) der Appellant neue Behauptungen aufstellt, so muß er

a) eidlich bekräftigen „daß er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt, oder solches dermalen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig geachtet, nunmehr aber dafür halte, daß solches alles zu Erhaltung seines Rechtes dienlich und nothwendig sey.“

J. R. A. §. 73.

Im Röm. Rechte kommt dieser Eid noch nicht vor; auch im canonischen Rechte ist derselbe noch nicht allgemein vorgeschrieben; denn c. 4 in 6to 1. 6 handelt nur von einem singulären Falle;

v. Linde, Handb. IV. Bd. §. 135.

endlich ist dieser Eid auch den älteren Reichsgesetzen noch unbekannt; denn die C. G. O. v. 1507. Art. III. §. 8 handelt nur von dem gewöhnlichen Calumnieneide, welcher auf Begehren bei jeder Appellation, auch ohne nova, wie in erster Instanz geschworen werden mußte (vergl. C. G. O. 1507 Art. 1 §. 5), und dasselbe gilt auch von der C. G. O. v. 1555. Thl. III. Tit. 32. §. 6.

Erst der J. R. A. hat diesen Calumnieneid jedesmal, auch ohne Begehren einer Partei sub poena desertionis für nothwendig erklärt, und zugleich vorgeschrieben, daß demselben in Ansehung der etwa vorgebrachten neuen Behauptungen (welche bei der Justification des Rechtsmittels speciell angeführt werden müssen — J. R. A. §. 64. Vergl. Gemein. Bescheid v. 13 Dec. 1593 und D. A. v. 1600 §. 114) der oben angeführte Zusatz „daß Appellant seines angegebenen neuen An- und Vorbringens u. s. w." beigefügt werden soll.

J. R. A. §. 118.

b) Wenn Der, welcher in der vorigen Instanz Kläger war, auf dem Grunde neuer Behauptungen die Berufung ergreift, so dürfen diese Behauptungen nicht etwa eine wesentliche Veränderung der ursprünglich gestellten Klage enthalten. In diesem Falle würde die Berufung unzulässig seyn, wenn gleich der Appellant zur Leistung des unter lit. a. bezeichneten Eides erbötig wäre, weil dadurch dem Beklagten ohne Noth eine Instanz entzogen würde, indem die veränderte Klage ohne Gefahr einer Vereitlung durch die exceptio rei judicatae sofort in erster Instanz angebracht werden kann.

C. G. O. v. 1507 Art. III. §. 14.

C. G. O. v. 1555 Thl. III. Tit. 33. §. 5.

Diese Beschränkung ist ohne Zweifel schon aus dem Röm. Rechte abgeleitet, welches in

c. 4. C. 7. 63.

nur solche novas adsertiones zugelassen wissen wollte „quae non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur, et illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem noscuntur propositae."

Die Frage, ob (unter Voraussetzung des Anerbietens zu dem obenerwähnten Eide) auch neue Einreden (also

auch neue Repliken, Dupliken u. s. w.) zuzulassen seyen, ist zwar bestritten. Nach den gesetzlichen Quellen des gemeinen Rechtes scheint jedoch die Bejahung dieser Frage die überwiegenden Gründe für sich zu haben. Denn auch abgesehen davon, welches Gebiet denn für relevante novae *adsertiones* (im Gegensatze zu bloßen novis *probationibus*) noch übrig bliebe, wenn man neue Actionen, Exceptionen, Repliken u. s. w. ausschlösse, nennt das Röm. Recht in der c. 4. C. 7. 63 die exceptiones sogar ausdrücklich als zulässig nova. Der Zusatz „quae non ad novum capitulum pertinent etc." kann doch unmöglich so verstanden werden, daß die jetzt vorgebrachte Einrede keine andere seyn dürfe, als eine solche, welche schon in der vorigen Instanz angebracht worden war, weil in diesem Falle die ganze Bestimmung von den „*novae* exceptiones" inhaltlos und sich selbst widersprechend werden würde. Mit mehr Grund kann man sich für die entgegengesetzte Ansicht auf §. 37 und §. 78 des J. R. A. berufen, weil in dem §. 37 allgemein vorgeschrieben ist, daß der Beklagte alle Exceptionen in primo termino bei Strafe der Präclusion einbringen soll, — und weil §. 78 die spätere Zulassung einer Einrede von dem Eide des Beklagten abhängig macht, daß er „seines neuen Einbringens vorhin nicht Wissenschaft gehabt habe;" während der im §. 73 des J. R. A. vorgeschriebene Eid ungleich laxer ist, indem er nicht bloß den Fall des früheren „Nichtwissens" berührt, sondern auch den Fall, daß es der Appellant nur nicht für dienlich oder nöthig erachtet habe, Das, was er jetzt anbringt, früher anzubringen. — Die Zusammenfassung dieser Stellen scheint zu dem Resultate zu führen, daß das Vorbringen neuer Exceptionen in zweiter Instanz wenigstens nicht um einen geringeren Preis erlangt

werden könne, als dieses noch in erster Instanz hätte geschehen können; d. h. daß der Beklagte, um in der Appellationsinstanz neue Exceptionen einzubringen, nicht den im §. 73., sondern den in §. 78. vorgeschriebenen Eid zu leisten, also eidlich zu bekräftigen habe, daß er von der neuen Einrede früher keine Wissenschaft gehabt habe. Da jedoch eine neue exceptio unbestritten zur Begründung des außerordentlichen Rechtsmittels der rest. i. i. geeignet ist, und auch in diesem Falle der Implorant nicht praecise zu beschwören braucht, daß er früher von der Einrede nichts gewußt habe, sondern es auch schon hinreicht, wenn er nur eidlich bekräftiget, daß er „das neue Vorbringen zu der Sache dienlich zu seyn nicht vermeint" (Gem. Besch. v. 7. Juli 1669 und 1671), so ist nicht abzusehen, was damit gewonnen werden könnte, wenn man den Appellationseid bezüglich einer neuen Einrede strenger fassen würde, weil der Beschwerdeführer, wenn ihm die Appellation wegen Nichtleistung des strengen Eides versagt werden müßte, hinterher doch immer zur Restitution seine Zuflucht nehmen könnte, sohin diese formelle Distinction doch nur eine zwecklose Verzögerung und Kostenvermehrung zur Folge hätte. — Daß die hier vertheidigte Ansicht den Vorwurf einer Inconsequenz gegen den J. R. A. enthält, ist zwar richtig Da jedoch nicht angenommen werden kann, daß der Verfasser dieses Gesetzes bei der Redaction des §. 73. des in dem §. 37. aufgestellten Grundsatzes nicht mehr eingedenk gewesen sey, so bleibt nichts Anderes übrig, als die Annahme, daß er in dem Falle des §. 73. von jenem Grundsatze eine Ausnahme machen w o l l t e. — Consequenter und zweckmäßiger ist übrigens ohne Zweifel die Vorschrift einiger Particularproceßordnungen (z. B. das bayer. Cod. jur. judic. c. 15 §. 5. nro. 8.), gemäß

welcher der Appellant eidlich bekräftigen muß, daß das novum erst nach der Sentenz hervorgekommen, oder in Erfahrung gebracht worden ist. —

Die hier vertheidigte gemeinrechtliche Ansicht bezüglich des Vorbringens neuer Exceptionen wird jedoch von den neuesten Proceßlehrern beinahe einstimmig — entweder ganz mißbilligt, oder doch nur in beschränkterem Maße angenommen.

Martin, Lehrb. (12. Aufl. §. 292.).
v. Linde, Handb. IV. S. 502.
Heffter, System S. 547 flg.
Schmid, Handb. III. S. 418.

Für die hier vertheidigte Ansicht ist jedoch:
v. Gönner, Hdb. III. S. 278.

Zu 2) Wenn aber das novum nicht in einer neuen selbständigen Behauptung, sondern nur in dem Vorschlage eines neuen Beweismittels über eine schon in voriger Instanz aufgestellte, aber nicht gehörig bewiesene Behauptung besteht, so wird die Zulässigkeit desselben in dem Falle, wenn der Beweis in der vorigen Instanz freiwillig — (ohne peremtorische Beweisfrist) — anticipirt worden war, von keiner Seite in Zweifel gezogen, weil in diesem Falle eine Präclusion nicht im Wege steht. Auch ist in diesem Falle der Appellant nicht verbunden, den im §. 73. des J. R. A. vorgeschriebenen Eid zu leisten.

Vgl. §. 74. des J. R. A.
v. Linde, Lehrb. 7. Aufl. S. 507 nach Note 12.
Heffter, Syst. S. 548 not. 121.

Nur dürfen keine neuen Zeugen über solche Behauptungen mehr zugelassen werden, über welche schon in voriger Instanz Zeugen verhört, und deren Aussagen den Parteien eröffnet worden sind.

Clem. 2. (2. 8.)
S. oben S. 949.

Ob aber auf dem Wege der Appellation neue Beweismittel auch dann nachgeholt werden dürfen, wenn in der vorigen Instanz eine peremtorische Beweisfrist festgesetzt war, ist wegen der in Mitte liegenden Präclusion ebenfalls wieder bestritten. Nach den reichsgesetzlichen Bestimmungen scheint jedoch auch die Bejahung dieser Frage mehr für sich zu haben. Denn wenn die Reichsgesetze in der peremtorischen Beweisfrist ein rechtliches Hinderniß der Zulassung erkannt hätten, so wäre nicht zu erklären, wie der J. R. A. zu der im §. 74. enthaltenen rückhaltlosen Bestimmung hätte kommen können, indem sich ja auch in dem reichsgerichtlichen Processe das Beweisverfahren in genau bestimmten Präjudicialterminen bewegte. — Die entgegengesetzte Ansicht, — welche neue Beweismittel nur dann zulassen will, wenn die Präclusion in voriger Instanz nicht ausdrücklich ausgesprochen wurde, ist indessen allerdings in der neuesten Doctrin die vorherrschende.

Martin, Lehrb. a. a. O. not. f.
v. Linde, Handb. IV. S. 505 flg.
Schmid, Hdb. III. S. 419.

Dagegen aber:

Spangenberg, im Arch. IX. S. 52 flg.

Daß übrigens der Appellant, wenn er mit neuen selbständigen Behauptungen zur Rechtfertigung seiner Beschwerden zugelassen wurde, auch mit den zur Bewahrheitung derselben vorgeschlagenen Beweismitteln ohne alle weitere Beschränkung zugelassen werden müsse, versteht sich von selbst, weil außerdem die erste Concession durch bloßen Widerspruch des Gegners beliebig vereitelt werden könnte.

Was endlich die Frage betrifft, ob das Rechtsmittel der Appellation auch dann zulässig sey, wenn das Urtheil der vorigen Instanz der damaligen Actenlage vollkommen gemäß war, und daher die Partei ihre Beschwerde nicht durch den Vorwurf eines von dem vorigen Richter begangenen Versehens, sondern **bloß** durch die Bezugnahme auf ein novum zu rechtfertigen sucht, so wird dieselbe zwar nach Röm. Rechte wegen der Wortfassung in

c. 37. in f. C. 7. 62.

(„novas etiam adsertiones *addi*" etc.)

und c. 4. C. 7. 63.

(„novis *etiam* adsertionibus utendi" etc.)

richtiger verneint.

v. Gönner, Hdb. III. Abh. 60. §. 14.

v. Linde, Handb. IV. S. 485 flg.

Allein die Entscheidung des in

c. 10. X. 2. 22.

proponirten Falles beweist, daß das canonische Recht auch eine bloß ex capite novorum ergriffene Appellation für zulässig hielt, und in diesem Sinne ist auch von den höchsten Reichsgerichten öfter erkannt worden.

Vgl. v. Gönner, a. a. O. §. 13.

v. Linde, a. a. O. S. 487 u. 488.

A. M. ist jedoch Schmid im Hdb. III. S. 416 not. 18.

Zu III.

§. 312.

Die dritte oben (§. 307.) angeführte Bedingung der Zulässigkeit der Appellation besteht darin, daß die richterliche Verfügung, welche der Appellant angreifen will, nicht bereits rechtskräftig geworden seyn darf. —

Die Rechtskraft eines Urtheils kann aber im Allgemeinen auf doppelte Art entstehen: entweder durch ausdrückliche oder stillschweigende Unterwerfung der Partei unter das Urtheil, oder unmittelbar kraft gesetzlicher Vorschrift, ohne Rücksicht auf den Willen der Parteien. — Von der Entstehung der Rechtskraft durch freiwillige Unterwerfung der Parteien ist bereits früher gehandelt worden.

S. oben S. 442 flg.

In Folge unmittelbarer Vorschrift tritt aber Rechtskraft ein,

a) wenn bereits in letzter Instanz erkannt ist, d. h. wenn kein Richter mehr existirt, an welchen man sich mit einer Beschwerde gegen das Urtheil wenden könnte.

Fr. 1. §. 1. u. 4. D. 49. 2.
Fr. 1. §. 1. D. 49. 1.
c. 2. u. 34. C. 7. 62.

b) Wenn über denselben Streitpunkt bereits drei gleichlautende Urtheile vorliegen (tres sententiae conformes faciunt rem judicatam), gesetzt auch, daß das dritte Erkenntniß noch nicht von der höchsten Instanz erlassen worden wäre.

In solchen Ländern, wo keine Rechtsmittel ohne Devolutiveffect bestehen, sondern nur die Appellation mit zwei Berufungs-Instanzen, hat freilich dieser Satz keinen praktischen Werth, weil jedesmal, so oft über denselben Punkt drei Urtheile vorliegen, das dritte schon deßhalb rechtskräftig ist, weil es eben von der letzten Instanz herrührt. Wo hingegen neben der Appellation auch noch s. g. bloße Suspensivmittel existiren, da kann es sich allerdings ereignen, daß in derselben Sache drei gleichlautende Urtheile erlassen werden, ehe noch die Sache an die höchste Instanz gekommen ist.

Die älteren Praktiker zählten zwar die in Folge eines bloßen Suspensivmittels ergangenen Erkenntnisse nicht ein, sondern nur diejenigen, welche in Folge einer eingelegten Berufung erlassen worden waren;

Mev. I. 63.

und das Reichskammergericht stimmte aus Besorgniß, daß sonst die Stände durch Vermehrung der Suspensivmittel in ihren Territorien ihre Untergebenen der Jurisdiction des höchsten Reichsgerichts entziehen könnten, dieser Ansicht bei.

Mynsinger obs. Cent. I. obs. 15.

Gaill obs. I. 72. nro. 3.

Pütter nov. epit. proc. imp. §. 179.

Allein die neueren Proceßlehrer machen keinen Unterschied hinsichtlich der gebrauchten Rechtsmittel, und legen daher drei gleichlautenden Urtheilen die Rechtskraft bei, gleichviel ob die beiden letzten durch die Appellation, oder durch ein bloßes Suspensivmittel hervorgerufen wurden.

Struben rechtl. Bed. II. 30.

Gensler, Comment. S. 191.

Veranlassung zu dem angeführten Grundsatze gab übrigens schon das Röm. Recht durch die Vorschrift, ne liceat super iisdem capitulis tertio provocare (i. e. appellare);

c. un. C. 7. 70.

Nov. 82. c. 5.

d. h. wenn die nämliche Partei gegen denselben Entscheidungspunkt schon zweimal appellirt hätte, so sollte sie zum drittenmale nicht mehr appelliren dürfen, gesetzt auch, daß noch eine weitere Instanz dazu vorhanden wäre, was nach der neuern röm. Gerichtsorganisation allerdings zuweilen möglich war.

Bethmann-Hollweg Handb. I. S. 353 u. 354.

Diese Vorschriften hielten nun wahrscheinlich schon die Glossatoren,

Vgl. die gloss. ad c. un. C. 7. 70.

und ihnen folgend auch das canon. Recht

c. 65. X. 2. 28 (voc.: „*bis confirmata* etc.“)
Cl. 1. 2. 11.

für gleichbedeutend mit dem Satze: drei gleichlautende Urtheile sind rechtskräftig.

Richtig war nun freilich diese Meinung nicht. Denn es kann eine Partei bereits zweimal mit ungünstigem Erfolge gegen die nämliche Entscheidung appellirt haben, ohne daß darum die drei ungünstigen Erkenntnisse unter sich übereinstimmen. Selbst dann, wenn man (was auch allerdings richtiger scheint) annimmt, daß das Röm. Recht bei jener Vorschrift voraussetzte, daß die nämliche Partei zweimal appellirt habe, — folgt daraus noch keineswegs, wie Einige glauben,

Linde Hdb. Bd. IV. S. 13 oben.

daß alle drei Entscheidungen gleichförmig seyn mußten, und ausdrücklich ist die Conformität der drei Urtheile im Röm. Rechte nicht gefordert.

Heise und Cropp Jurist. Abh. II. S. 183 flg.

Allein ungeachtet dieses Irrthums blieb es doch bei jener veränderten Fassung der Röm. Vorschrift, in welcher dieselbe auch in mehrere deutsche Particulargesetzgebungen übergegangen ist.

Zur Anwendbarkeit dieser Regel, wo sie noch gilt, wird übrigens jetzt nur noch erfordert, daß die drei Entscheidungen denselben Punkt betreffen, und unter sich übereinstimmen: — nicht auch, daß sie unmittelbar auf einander folgten. Früherhin hielten einige Juristen wohl auch die unmittelbare Succession der drei Urtheile für nothwendig. Dadurch würde jedoch die Freiheit der

Anfechtung richterlicher Urtheile beinahe ins Unendliche erweitert werden.

Danz, Grds. des ord. Pr. §. 422. Not. a.

c) Außerdem enthält das Röm. Recht die bestimmte Vorschrift, daß Derjenige, welcher zur Verhandlung einer Streitsache gehörig geladen, aber ungehorsam ausgeblieben war, gegen das wider ihn ergangene Urtheil in der Hauptsache nicht soll appelliren dürfen.

Pauli S. R. V. 5. §. 7.
c. 1. Cod. Gregor. 10. 1.
Fr. 73. §. 3. D. 5. 1.
c. 1. C. 7. 65.
Nov. 82. c. 5.

Das gegen eine Partei wegen ihres beharrlichen Ungehorsams ergangene Erkenntniß ist demnach ebenfalls ipso jure schon rechtskräftig. Dieser Satz enthält zwar allerdings eine ganz unverhältnißmäßige Strafe der contumacia, indem der Ungehorsame dadurch gewissermaßen der Willkür des Richters preisgegeben wird. Daher haben auch neuere Proceßlehrer denselben auf verschiedene Art zu beschränken gesucht.

v. Gönner, Hdb. III. Abh. 61. §. 9 — 11.
v. Grolman, §. 213.
Linde, Hdb. IV. §. 56.

Allein das Röm. Recht scheint nach den angeführten Stellen wirklich jene Strenge beabsichtigt zu haben. Nur setzt dasselbe freilich nicht etwa bloß eine contumacia hinsichtlich einer einzelnen Proceßhandlung voraus, sondern einen fortwährenden Ungehorsam in Bezug auf das ganze Verfahren; und daß eine an sich schon ungültige Sentenz durch den Ausschluß der Appellation nicht gültig werden könne, versteht sich von selbst.

Lauterbach, Coll. lib. 49. Tit. 1. §. 20.

d) Wenn eine Partei die Entscheidung der ganzen Sache von einem Eide ihres Gegners abhängig gemacht, und dieser wirklich geschworen oder den Eid verweigert hat, so kann das auf diesen Eid gebaute Erkenntniß ebenfalls nicht mehr angefochten werden.

c. 12. §. 3. C. 4. 1.

Vergl. noch über die Appellation eines confessus — Linde, Hdb. IV. S. 205 flg.

und über die Zulässigkeit der Appellation gegen sog. Inhäsivbescheide, Gönner, Hdb. III. Abh. 61. §. 13—20. u. Linde a. a. O. §. 57. S. 201 flg.

Zu IV.

§. 313.

Ueber die vierte oben §. 307. aufgestellte Bedingung der Zulässigkeit der Appellation sind folgende Sätze zu bemerken:

A. In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (denn von geistlichen Sachen ist hier nicht die Rede, und eben so wenig von Criminal- Polizei und Verwaltungssachen) hat nach dem jetzt geltenden gemeinen Rechte die Qualität des concreten Streitverhältnisses keinen Einfluß auf die Zulässigkeit der Appellation, d. h. dieses Rechtsmittel kann in allen Sachen ohne Unterschied gebraucht werden. — Nur wird demselben in gewissen später anzugebenden Fällen der s. g. Suspensiveffect versagt.

Nach Röm. Rechte scheint zwar gemäß den in den betreffenden Gesetzen gebrauchten Ausdrücken die Appellation in einigen Sachen gänzlich ausgeschlossen gewesen zu seyn, namentlich

a) gegen die obrigkeitliche Verfügung in Gemäßheit des Interdicts quorum bonorum;

c. 22. C. Theod. 11. 36.

(„*cessat licentia* provocandi")

b) gegen die Einweisung eines Testamentserben in den Besitz der Verlassenschaft;

c. 6. C. 7. 65 (in welcher die Annahme der Appellation sogar mit einer Geldstrafe bedroht wird);

c) in fiscalischen Sachen;

c. 4. u. 8. C. 7. 65.

(„***Abstinendum prorsus*** ab appellatione") und

d) überhaupt in allen Fällen „si res dilationem non recipiat," oder „si ex perpetuo edicto aliquid decernatur"

fr. 7. pr. u. §. 1. D. 49. 5.

(„*Non permittitur* appellare.")

Da man aber auch in diesen Sachen und Fällen die thatsächliche Anrufung des Oberrichters doch nicht verhindern konnte, und der Oberrichter wegen der evidenten Erheblichkeit der Beschwerde sich der Sache vielleicht dennoch annahm, ohne deßhalb eine Rüge zu befürchten, so scheint schon dazumal die Sache so gestanden zu haben, wie sie jetzt steht. Insbesondere spricht für diese Annahme, wenigstens in Ansehung der Besitzstreitigkeiten de retinenda vel recup. possess. die Ausdrucksweise, deren sich die c. un. C. 7. 69 bedient.

„Etsi ***appellatio interposita*** fuerit, tamen lata sententia ***sortitur effectum.***"

Selbst in Executionssachen ist die Appellation noch zulässig; — gegen den Inhalt des zu vollstreckenden rechtskräftigen Urtheils freilich nicht mehr; denn dieser kann nur noch durch außerordentliche Rechtsmittel

angefochten werden: wohl aber gegen den Vollstreckungsact selbst, insoferne derselbe entweder die Gränzen des richterlichen Ausspruches überschreitet, oder mit der gesetzlich vorgeschriebenen Form und Ordnung der Execution nicht übereinstimmt.

Fr. 4. pr. §. 1. D. 49. 1.
c. 5. C. 7. 65.
c. 15 in f. X. 2. 27.
c. 28. §. 3. X. 1. 29.

Jedoch sind im Falle einer solchen Appellation zur Sicherstellung des Siegers für den Fall, wenn das Rechtsmittel ohne Erfolg bleiben sollte, geeignete provisorische Maßregeln angeordnet.

c. 5. C. 7. 65

Vergl. über die bisher angeführten Fälle:
v. Gönner, Handb. III. Abh. 61.
v. Linde, Handb. IV. §. 59. 60 und 61.
Heffter, Syst. S. 533 u. S. 543.

B. Auf den Betrag oder Werth des durch das beschwerende Urtheil aberkannten Gegenstandes kam wenigstens nach dem neueren Röm. Rechte seit Constantin (c. 20. C. 7. 62.), welchem nachher auch das canonische Recht folgte (c. 11. X. 2. 28.), nichts an. (Zur Zeit der Pandektenschriftsteller scheint bei der appellatio ad principem in dieser Hinsicht eine Beschränkung bestanden zu haben.)

Fr. 10. §. 1. D. 49. 1.

Allein für die Berufungen an das Reichskammergericht wurde schon sehr bald eine sog. summa appellabilis festgesetzt, welche, um den immer mehr zunehmenden Andrang der Appellationen abzuhalten, von den ursprünglich dafür festgesetzten 50 Reichsgulden allmählich bis auf 400 Reichsthaler stieg.

C. G. O. 1521. Tit. 24.
C. G. O. 1555. II. 28. §. 4.
R. A. 1570. §. 66 u. 67.
D. A. 1600. §. 14.
J. R. A. §. 112 u. flg.

Nur bei Injuriensachen (insofern die Klage auf Widerruf gestellt war), bei Streitigkeiten über „Obrigkeiten, Gerechtigkeiten, Servituten, ewige unablösliche Gilten, Zinse und Nutzungen," so wie überhaupt bei solchen Sachen, „so nicht gewiß Achtung hätten," wurde eine Ausnahme gemacht, welche sich auch bis zu dem J. R. A. erhielt, abgesehen davon, daß in Bezug auf unablösliche Gilten, Zinse und Nutzungen seit dem R. A. von 1570 auch analoge Beschränkungen eintraten. (Vergl. noch J. R. A. §. 114.)

Bei der Untersuchung, ob in einem einzelnen Falle die Sache von dieser Seite zur Appellation geeignet sey oder nicht, sah man übrigens 1) nicht auf die summa *libelli*, sondern nur auf die summa gravaminis.

S. den G. B. v. 1603 im Corp. jur. cam. *Cramer* p. 564, welcher von der Visitation i. J. 1713 bestätiget worden ist.
Linde im Arch. für civ. Pr. XI. S. 206 flg.

2) Nach ausdrücklicher Vorschrift der vorhin allegirten Reichsgesetze sollte bei der Berechnung der Appellationssumme nur die Summe in Anschlag gebracht werden, wegen welcher sich der Appellant in Ansehung des Hauptobjects des Streites (des „Hauptgutes, Capitals") beschwert glaubte. Consequent hätte also der Betrag Dessen, was etwa dem Appellanten in der Nebensache, d. h. an Zinsen, Interesse, Früchten und Proceßkosten aberkannt war, nicht zu der Beschwerdesumme in der Hauptsache hinzugerechnet werden dürfen,

um die Appellationssumme herauszubringen. — Gleichwohl bestanden hierüber von jeher sehr verschiedene Meinungen.

S. darüber: Linde im Archiv f. civ. Prax. Bd. XI. S. 97.

Folgende Grundsätze dürften nach gemeinem Rechte das Meiste für sich haben:

a) Nebenforderungen, welche auf keinem selbständigen Verpflichtungsgrunde beruhen, sondern bloß als Accessorien der Hauptsache erscheinen, also namentlich die Kosten des vorliegenden Processes und Verzugszinsen dürfen bei der Berechnung der Appellationssumme nie in Anschlag gebracht werden; — selbst dann nicht, wenn deren Betrag für sich allein schon die summa appellabilis erreichen würde. — Was hingegen

b) solche Nebensachen betrifft, welche aus einem eigenen Fundamente entspringen, und daher auch mit einer besondern Klage verfolgt werden könnten, z. B. stipulirte Zinsen, so dürfen diese zwar nicht zur Ergänzung der Appellationssumme in der Hauptsache zugezählt werden; wenn sie aber für sich allein schon die Appellationssumme erreichen, so findet ihrer halber allerdings die Berufung statt. Noch weniger Anstand hat es, die Appellation zuzulassen, wenn rückständige, stipulirte Zinsen allein den Hauptgegenstand des Streites bildeten, und der Betrag, rücksichtlich dessen das Urtheil darüber als gravirend erscheint, die Appellationssumme erreicht.

S. besonders: Linde im Archiv f. civ. Pr. Bd. IX. S. 229 fl. u. XI. S. 91 flg.

3) Bei Streitigkeiten über unablösliche Gilt, Zinse oder Nutzungen kommt es darauf an, ob der Pro-

ceß die Zuständigkeit des zu Grunde liegenden Rechtes auf diese Leistungen selbst betrifft, oder nur die rückständig gebliebenen Abgaben. In dem letzten Falle müssen die Rückstände, wegen welcher eine Partei Beschwerde führen will, zusammengenommen die Appellationssumme erreichen, wenn deßhalb die Berufung zulässig seyn soll. In dem ersten Falle hingegen werden die jährlichen Leistungen als Zinsen zu 4 vom Hundert angeschlagen, und nach dem sich hiernach ergebenden Capitale ist zu beurtheilen, ob die Appellationssumme vorhanden sey, oder nicht. — Nur dann soll die Appellation ohne Rücksicht auf die Summe zulässig seyn, wenn dergleichen Leistungen „der Obrigkeit anhängig wären."

R. A. v. 1570. §. 67.

D. A. v. 1600. §. 14.

J. R. A. §. 112.

Linde Arch. für civ. P. XI. S. 213 flg.

4) Wenn in demselben Verfahren mehrere selbständige Forderungen cumulativ verhandelt, und in demselben Urtheile entschieden wurden, so findet ein Zusammenrechnen der einzelnen Beschwerdesummen nur dann statt, wenn die einzelnen Forderungen aus derselben Quelle entsprungen sind. Außerdem kommt jeder der cumulirten Ansprüche in dieser Hinsicht nur für sich allein in Betracht, da es ja nur zufällig ist, daß sie in eine äußere Verbindung gebracht wurden, und auch jeder isolirt hätte verfolgt werden können.

arg. Fr. 10. §. 1. D. 49. 1.

Linde im Arch. XI. S. 105 flg.

Ein Zusammenrechnen der Con- und Reconventionssumme zum Behufe der Ergänzung der summa appell. ist jedoch nicht zulässig.

Linde, a. a. O. S. 204 flg.

A. M. ist: J. Scholz, im Arch. für civ. Prax. XXI. S. 344 flg.

5) Wenn es zweifelhaft ist, ob der Gegenstand der Beschwerde seinem Geldwerthe nach die Appellationssumme erreicht oder nicht, so muß ein Schätzungsverfahren eingeleitet werden, wobei, nach ausdrücklicher Vorschrift der Reichsgesetze,

C. G. O. v. 1521. Tit. 24. §. 2. u.
C. G. O. v. 1555. II. 28. §. 4.

auch ein Eid des Appellanten zu Hülfe genommen werden darf. Daß der Appellat von der Theilnahme an diesem Verfahren auszuschließen sey, läßt sich nach allgemeinen processualischen Grundsätzen nicht rechtfertigen.

Linde, im Arch. f. c. Pr. Bd. XI. S. 222.
Vergl. Scholz in der Zeitschrift von Linde u. Marezoll X. S. 161 flg.
Dagegen Linde ebendas. S. 185 flg.
Hierauf wieder:
Scholz a. a. O. XI. S. 416 flg.
Flach a. a. O. Bd. XII. S. 126 flg.
Hesse in der Zeitschrift von Linde u. Marezoll Bd. XIII. S. 15 flg.
Zuletzt: Linde, ebendas. Bd. XV. S. 130 flg.

Was nun die Anwendbarkeit dieser reichsgesetzlichen Bestimmungen betrifft, so ist zwar so viel außer Zweifel, daß die Vorschriften über die Größe der Appellationssumme, von deren Daseyn die Zulassung der Berufung an die ehemaligen Reichsgerichte abhing, jetzt um so weniger eine verbindende Kraft haben können, als ihnen diese schon zur Zeit der bestehenden Reichsverfassung in Bezug auf die Territorialgerichte nicht zukam. Hingegen die Grundsätze über die Berechnung der Appellationssumme sind allerdings als gemeinrechtliche Normen zu

betrachten, und daher in Ermanglung landesgesetzlicher Vorschriften über die Berechnungsart zu Hülfe zu nehmen.

Linde, im Arch. für civ. Prax.
Bd. IX. S. 229 flg. u.
Bd. XI. S. 95 flg.

Zu V.

Wer darf gegen ein beschwerendes Erkenntniß appelliren?

§. 314.

Die Befugniß, gegen ein Urtheil die Appellation zu ergreifen, steht in der Regel allerdings nur den streitenden Theilen allein zu. Ex justa causa wird jedoch schon nach Röm. Rechte auch dritten Personen, welche an dem Processe nicht selbst unmittelbar Theil genommen haben, gestattet, sich des Rechtsmittels zu bedienen.

Fr. 5. pr. D. 49. 1.

Eine justa causa ist aber namentlich dann vorhanden, wenn der Verlust der Sache für den Dritten einen rechtlichen Nachtheil hervorbringen würde, z. B. der Verlust eines durch den emtor geführten Evictionsprocesses für den auctor.

Fr. 5. pr., Fr. 4. §. 2. et 3. D. 49. 1.

Ja selbst eine bloß factische Erschwerung der Lage eines Dritten, welche die Folge der unterlassenen Appellation gegen das ungünstige Urtheil seyn würde, kann zuweilen diesen Dritten zur Anfechtung des Urtheils berechtigen, wie z. B. in den Fällen fr. 5. pr. fr. 4. §. 3. („aut si auctor egerit“) D. 49. 1.

Linde, über Intervent. in der Instanz der Rechtsmittel in s. Zeitschr. Bd. V. S. 417 flg.
Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 354.

Wer übrigens durch den nachtheiligen Ausgang der Sache irgend ein Recht gegen einen Dritten erhalten kann, wie z. B. der Käufer gegen den Verkäufer das Recht, Gewährleistung zu fordern, ist sogar schuldig, von der Appellation Gebrauch zu machen, wenn ihm nicht der Dritte selbst diese Verbindlichkeit auf eine unzweideutige Art erlassen hat.

Vergl. fr. 63. §. 1 und 2. D. 21. 2.

Dieselbe Pflicht liegt auch Dem ob, welcher für den Ausgang des Processes Anderen verantwortlich ist, z. B. fr. 50. §. 1. D. 30.

Zu VI.

An welchen Richter muß appellirt werden?

§. 315.

Hinsichtlich dieser Frage gilt die allgemeine Regel, daß die Appellation immer an dasjenige Gericht dirigirt werden soll, welches dem Richter, der das beschwerende Urtheil erlassen hat (dem judex, a quo), zunächst vorgesetzt ist.

Nov. 23. c. 4.
c. 66. X. 2. 28.

Vergl. jedoch:
c. 7. X. eod.
C. G. O. 1555. II. 29. §. 1.

Ueberspringt der Appellant aus Irrthum die nächst höhere Instanz (appell. per *saltum*), so wird zwar dadurch das Rechtsmittel nicht desert, allein die Sache wird doch nicht an das angerufene Gericht devolvirt,

c. 66. X. cit.

sondern muß an das übersprungene Gericht abgegeben werden.

vide

Fr. 21. pr. §. 1. D. 49. 1.

Eine Ausnahme findet nur dann statt, wenn derjenige Oberrichter, welcher zunächst hätte angerufen werden sollen, entweder aus rechtmäßigen Ursachen in dieser Sache nicht Richter seyn könnte, oder die Justiz verweigert hätte.

C. G. O. II. 29. §. 1.

Vgl. jedoch:

Schmid, Hdb. III. S. 426 not. 17.

Sollte aber eine Partei an einen Richter appellirt haben, welcher auf einer niedrigeren Rangstufe steht, als der, an welchen sie sich hätte wenden sollen, so ist das Rechtsmittel verloren, wenn der Fehlgriff nicht noch während der Nothfrist verbessert wird.

Fr. 1. §. 3. D. 49. 1.

(„Si quis *minorem* appellaverit, nocebit".)

Ueber die Frage, wie es dann zu halten ist, wenn der angerufene Richter mit dem, welcher hätte angerufen werden sollen, zwar auf gleicher Rangstufe steht, aber doch für die vorliegende Sache nicht zuständig ist, kommen im Röm. Rechte widersprechende Bestimmungen vor.

Fr. 1. §. 3. D. 49. 1.

„Si quis *parem* appellaverit, alium tamen pro alio, error ei *non nocet.*"

Fr. 5. §. 4. D. 49. 5.

„Si alium pro alio adiit, non principem, *nihil ei hic* error proderit."

Heffter, Syst. S. 534 not. 42.

Die neuere gemeinrechtliche Doctrin hält jedoch diesen Irrthum für unschädlich;

Heffter, Syst. S. 534 ob.

v. Linde, Handb. IV. S. 16.

Schmid, Handb. III. S. 427.

obgleich die Cameralschriftsteller die Appellation auch in diesem Falle für desert erklärten, wenn der Irrthum nicht innerhalb der gesetzlichen Frist verbessert wurde.

J. Blumen, proc. cameral. Tit. XLVIII. §. 4.

Sind mehrere Obergerichte für dieselbe Sache competent, so entscheidet die Prävention.

Vgl. überhaupt: Linde in s. Zeitschr. Bd. IX. S. 1 flg.

Von dem Appellationsverfahren.

§. 316.

Das sehr weitläufige und in vielfacher Hinsicht unzweckmäßige Verfahren, welches sich bei dem Gebrauche der Appellation in Deutschland ausgebildet hat, läßt sich in zwei Hauptabschnitte theilen, nämlich in den Inbegriff der Handlungen, welche noch vor dem Untergerichte (dem judex a quo) vorkommen, und derjenigen, die bei dem Appellationsgerichte (dem judex ad quem) vorzunehmen sind. In den ersten, einleitenden Abschnitt gehört die Einlegung (*interpositio*) der Appellation, und das Gesuch um Apostel und Actenmittheilung sammt den darauf Bezug habenden richterlichen Verfügungen. In den zweiten Abschnitt gehört die Einführung (introductio) und die Rechtfertigung (justificatio) der Appellation, wonach erst noch die eigentlichen Appellationsprocesse erkannt werden können.

Von der Einlegung der Appellation.

§. 317.

Die interpositio appellationis besteht bloß in der Erklärung der Partei, welche sich durch das Urtheil verletzt fühlt, daß sie dagegen appelliren wolle. — Diese Erklärung kann sowohl mündlich, als schriftlich geschehen, nur muß sie in dem ersten Falle sogleich nach der Publication des Urtheils erfolgen.

Fr. 2 und 5. §. 4. D. 49. 1.

Not. Ordn. v. 1512. Tit. 4. §. 1.

Zur schriftlichen Interposition des Rechtsmittels war nach älterem Röm. Rechte in eigener Sache eine zweitägige, in fremder Sache, z. B. wenn Jemand als Procurator appellirte, eine dreitägige Frist bestimmt.

Fr. 5. §. 4. D. 49. 1.

Fr. 1. §. 11. und 12. D. 49. 4.

Justinian erweiterte aber diese Frist auf zehn Tage, von dem Zeitpunkte der Urtheilsverkündigung an gerechnet, und zwar ohne Unterschied zwischen Appellationen in propria und in aliena causa.

Nov. 23. c. 1.

und diese Vorschrift ist auch in das canon. Recht und in die deutschen Reichsgesetze übergegangen.

c. 15. X. 2. 27.

C. G. O. 1555. II. 29. §. 2.

Dieses decend. ist übrigens ein absolutes fatale, wird von Moment zu Moment berechnet, und die Versäumung desselben hat den Verlust der Appellation zur Folge, auch ohne vorläufige Ungehorsamsbeschuldigung.

c. 15. X. 2. 27.

Nur durch restitutio in integr. kann der Nachtheil wieder abgewendet werden.

Fr. 7. §. 11. D. 4. 4.

Fr. 8. in f. D. 4. 1.

Eine Verlängerung dieser Nothfrist zu gewähren, ist dem Richter nicht gestattet.

C. G. O. 1555. II. 29. §. 2.

Ueber die Zulässigkeit einer Veränderung des Fatale durch Uebereinkunft der Parteien s. besonders:

Linde, im Arch. für civ. Prax. Bd. XIX. S. 6 flg.

Die Einlegung der Appellation mußte nach Röm. Rechte bei dem judex a quo geschehen. Nur dann konnte und mußte man sich sogleich an den Oberrichter wenden, wenn man sich in der Lage befand, zwar diesen, nicht aber auch jenen anrufen zu können.

Fr. 1. §. 10. D. 49. 4.

Auch ersetzte eine publica testatio die Stelle der Interposition, wenn diese per violentiam judicis an ihn selbst nicht geschehen konnte.

Fr. 7. D. 49. 1.

c. 2. C. 7. 67.

Diese Bestimmungen des Röm. Rechts haben ohne Zweifel das c. 73. X. 2. 28. veranlaßt, worin überhaupt sowohl ob metum, als auch wegen mangelnder facultas adeundi judicem gestattet wird, auch außergerichtlich, in Gegenwart rechtlicher Männer, die Absicht zu appelliren, kund zu geben.

Den deutschen Reichsgesetzen zufolge hat der Appellant in allen Fällen die Wahl, das Rechtsmittel entweder vor dem Unterrichter oder vor einem öffentlichen Notar und zwei Zeugen zu interponiren. Nur muß er in dem letzten Falle dem Richter die geschehene Interposition bekannt machen, wenn sogleich der Suspensiveffect eintreten soll.

Not. Ordn. 1512. IV. §. 1.
C. G. O. 1555. II. 29. §. 5.

Durch die Interposition allein hat übrigens der Appellant seinen Verbindlichkeiten noch nicht vollkommen Genüge geleistet, sondern er muß sich auch noch von Demjenigen, bei welchem die Interposition geschehen ist, ein schriftliches Certificat hierüber erbitten (literas dimissorias oder apostolos). Die Nothwendigkeit dieses Gesuches um Ertheilung der Apostel war schon im älteren Römischen Rechte vorgeschrieben.

Paul. Rec. Sent. V. 34.
Fr. un. D. 49. 6.

Durch eine Verordnung von Diocletian und Maximinian wurde zwar dieselbe aufgehoben,

c. 6. §. 6. C. 7. 62.

und wahrscheinlich mit Rücksicht auf diese Verordnung hat es auch die C. G. O. v. 1555. II. 30. §. 1. dem Appellanten frei gestellt, um Apostel zu bitten, oder nicht. — Allein die deutsche Praxis folgte in dieser Hinsicht dem canon. Rechte, welches ohne Rücksicht auf das neuere Röm. Recht die Nothwendigkeit dieses Gesuches wiederholt einschärfte.

c. 1. u. vorz. 6. in 6to 2. 15. Clem. 2. 2. 12.

Selbst ein eigenes fatale ist für dieses Gesuch bestimmt, dessen Versäumung die Desertion der Appellation zur Folge hat. — Nach älterem Röm. Rechte bestand dasselbe nur in fünf Tagen;

Paul. R. S. l. c.

das canonische Recht hat aber dreißig Tage vom Zeitpunkte der Urtheilsverkündigung an gerechnet hiefür festgesetzt,

c. 6. in 6to 2. 15.

wahrscheinlich in der Folge des c. 24. C. 7. 62.

Binnen dieser Frist soll „instanter et soepius“ um die Apostel gebeten werden,

Fr. un. §. 2. D. 49. 6.

was jedoch das canon. Recht in der Art milderte, daß es auch hinreichen soll, wenn der Appellant *in uno contextu* mehrmal nacheinander dringend die Bitte stellt.

Clem. 2. 2. 12.

Vergl. Linde im Archiv für civil. Prax. Bd. XIX. S. 18 flg.

Endlich liegt dem Appellanten auch noch ob, binnen dreißig Tagen, vom Tage der Interposition an gerechnet, ebenfalls bei Vermeidung der Desertion von dem Unterrichter die Acten zu requiriren.

C. G. O. 1555. II. 31. §. 1.

J. R. A. §. 61—63.

Die Verbindlichkeit des Richters zur Herausgabe der Acten an den Appellanten ist schon im Röm. Rechte anerkannt.

c. 24 u. 32. §. 2. C. 7. 62.

Justinian hat auch in der Nov. 126. c. 3. den Richter persönlich dafür verantwortlich gemacht, die Mittheilung der Acten binnen dreißig Tagen zu bewerkstelligen; aber ein fatale für die Partei ist diese Frist erst durch die Reichsgesetze geworden.

Linde a. a. O. S. 20.

Ueber das abweichende Verfahren bei der römischrechtlichen Appellation an den Kaiser (more consultationis) s.

Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 360 flg.

---

§. 318.

Obwohl durch die Einlegung der Appellation die Zuständigkeit in der Sache auf den Oberrichter überging, so war es doch nach Röm. Rechte dem Unterrichter in einigen Fällen erlaubt, ja sogar vorgeschrieben, die Appellation nicht anzunehmen (appellationem non recipere).

S. Dig. lib. 49. tit. 6.

Cod. lib. 7. tit. 65.

War nun wirklich ein solcher Fall vorhanden, und der judex a quo schlug die Appellation ab, so mußte doch dieser einen Bericht an den Oberrichter erstatten, und mit dem weiteren Verfahren so lange innehalten, bis von dem Oberrichter eine Entscheidung erfolgte.

Fr. 6. D. 49. 5.

Fr. 1. pr. u. § 1. D. 49. 7.

Fr. 6. §. 9. D. 28. 3.

Der Appellant aber konnte sich ungeachtet der verweigerten Annahme des Rechtsmittels doch an die höhere Instanz wenden, um seine Beschwerde auszuführen.

Fr. 5. pr. u. §. 1. D. 49. 5.

Außerdem aber, und wenn die Appellation angenommen wurde, war der Unterrichter verpflichtet, dem Appellanten die Apostel auszustellen und die gesta herauszugeben.

Paul. R. S. V. 34.

c. 24 u. 32. §. 2. C. 7. 62.

Nov. 126. c. 3.

Aus diesen Bestimmungen des Röm. Rechts und durch die Vermischung der Fälle, für welche sie gegeben waren, ist nun unter späteren Rechtslehrern folgende, auch von dem canonischen Rechte aufgenommene Theorie entstanden:

Der Unterrichter ist jedesmal verpflichtet, dem Appellanten die Apostel auszustellen, er mag nun die Appellation für zulässig oder für verwerflich halten. Nur soll er seine Ansicht hierüber in den Aposteln ausdrücklich erklären, woher sodann die Eintheilung der Apostel in reverentiales — (wenn der judex a quo erklärt, er wolle der Appellation aus Achtung für den Oberrichter Statt geben) — und refutatorios — (wenn er die Appellation als verwerflich darstellte) entstand.

c. 1. in 6to 2. 15.

Auch *apost. dimissorii* wurden besonders ausgezeichnet, wenn nämlich der Unterrichter dem Obergerichte bloß anzeigte, daß er die Berufung deferirt habe, oder wohl gar der Appellation das Wort sprach.

Linde a. a. O. S. 22 flg.

Den Lauf der Appellation sollten übrigens auch refutatorische Apostel nicht hemmen.

In den deutschen Reichsgesetzen kommt die Unterscheidung zwischen apost. reverent. und refutat. ebenfalls vor;

C. G. O. 1521. Tit. 23. §. 1. Tit. 24. §.3.

C. G. O. 1555. p. II. tit. 30. §. 1.

und zugleich ist es dem Richter zur Pflicht gemacht, dem Appellanten auf Verlangen die Acten herauszugeben.

C. G. O. 1555. p. II. tit. 31. §. 10.

J. R. A. §. 61. a. E.

In Gemäßheit dieser gesetzlichen Bestimmungen wird nun über die richterliche Verfügung auf die geschehene Interposition der Appellation und die übrigen dazu gehörigen Gesuche Folgendes gelehrt:

I. Vor Allem hat der Richter zu prüfen, ob das Rechtsmittel an sich zulässig ist, und ob der Appellant alle bisherigen Fatalien beobachtet hat oder nicht. In

dem ersten Falle ertheilt er a) apostolos reverentiales, d. h. ein Decret, worin bezeugt wird, daß und wann der Appellant das Rechtsmittel interponirt, und um die Apostel und Actenmittheilung gebeten habe, — und welches zugleich die Bemerkung enthält, daß der Appellation deferirt werde. — Nebstbei sollen auch b) dem Appellanten die Acten herausgegeben werden, was jedoch jetzt von den meisten Gerichten noch so lange verschoben wird, bis das Obergericht die Einsendung derselben fordert; eine Abweichung, welche sich allerdings rechtfertigen läßt, weil man vor der Einführung des Rechtsmittels noch nicht weiß, ob das Obergericht überhaupt die Appellation annehmen werde.

Vergl. v. Gönner, Hdb III. 62. §. 2.

In dem letzten Falle sind zwar die Verfügungen dieselben, nur wird in dem Decrete bemerkt, daß der Appellation aus den beizufügenden Gründen nicht deferirt werden könne (apostoli refutatorii), wodurch übrigens der Appellant in der Fortsetzung des Rechtsmittels nicht gehindert wird.

II. Dieses Decret wird beiden Theilen, dem Appellaten unter Beilage der Einwendungsschrift, mitgetheilt.

Sollte die Appellation außergerichtlich vor einem Notar interponirt worden seyn, so stellt dieser die Apostel aus, welche man hier testimoniales nennt, weil sie nur ein Zeugniß enthalten, daß und wann die Interposition geschehen sey. — Von der Verbindlichkeit, binnen der gesetzlichen Frist bei dem Unterrichter um die Mittheilung der Acten zu bitten, ist übrigens der Appellant auch in diesem Falle nicht befreit.

Von der Einführung (introductio) der Appellation.

§. 319.

Die Introduction ist die erste Handlung, welche der Appellant bei dem Obergerichte vorzunehmen hat. Sie besteht aber noch nicht in einer Ausführung der Gründe, warum man durch das unterrichterliche Erkenntniß verletzt zu seyn glaubt, sondern enthält nur die Nachweisung der gehörig beobachteten Fatalien und die Aufzählung der beschwerenden Punkte in jenem Erkenntnisse. Eben daher wird auch das Gesuch in der Einführungsschrift noch nicht auf Abänderung des vorigen Urtheils, sondern nur dahin gerichtet, die Förmlichkeiten für berichtiget und die Sache für devolvirt zu erklären. — Die Nachweisung der gehörigen Beobachtung der Fatalien geschieht durch Beilage der Apostel und eines Zeugnisses über das gestellte Actenmittheilungsgesuch.

Was die Frist zur Einführung der Appellation betrifft, so waren

1) nach dem neuesten Röm. Rechte dem Appellanten vier aufeinanderfolgende Termine hiezu bestimmt, der erste von 6, resp. von 3 Monaten, die drei folgenden jeder von einem Monate, nach deren Ablauf noch eine reparatio von 3 Monaten durch kaiserliche Gnade erlangt werden konnte.

c. 5. C. 7. 63. vergl. mit c. 2. C. eodem.

2) Nach canonischem Rechte ist es dem judex a quo überlassen, eine Frist zur Einführung der Appellation vorzuschreiben.

c. 4. 5. 33. 44. 57. X. 2. 28.

Sollte aber Dieses unterblieben seyn, so gelten die gesetzlichen Fristen der Appellationsausführung auch für die Einführung derselben.

c. 5. 57. X. 2. 28.

Clem. 3. 2. 12.

3) Die deutschen Reichsgesetze gestatteten zur Einführung der Appellation bei dem Reichskammergerichte eine Frist von 1 — 6 Monaten, und überließen es dem arbitrium des Untergerichts, im einzelnen Falle innerhalb dieser gesetzlichen Gränzen die Frist näher zu bestimmen.

C. G. O. 1521. Tit. 23.

C. G. O. 1555. II. 30. §. 1—4.

In der Praxis wird die Einführungsfrist von dem judex a quo in den Aposteln vorgeschrieben, und zwar in der Eigenschaft einer Nothfrist, welche ihr schon nach canonischem Rechte beigelegt ist (fatale introducendae appell.).

c. 33. 44. X. 2. 28.

Vgl. Linde im Arch. f. civ. Pr. XIX. S. 278 flg.

Ueber die Nothwendigkeit der Specialisirung der Appellationsbeschwerden s.

Linde in s. Zeitschr. Bd. IX. S. 311 flg.

Richterliche Verfügung auf die Introduction.

§. 320.

Diese ist verschieden, je nachdem der Oberrichter die Appellation an sich zulässig, und die Fatalien und Formalien derselben beobachtet findet oder nicht. In dem letzten Falle erfolgt sogleich ein Abschlagsdecret (rejectorium), selbst ohne vorher noch den Appellaten zu hören, oder die Acten abzufordern. — In dem ersten Falle aber wird eine Frist zur Rechtfertigung der Appellation ertheilt. Die Dauer dieser Frist hängt jetzt ganz von der

Bestimmung des Richters ab. Denn die Vorschrift des Römischen und nachher auch des canonischen Rechts, daß die Appellation intra annum, oder im Falle eintretender Hindernisse intra biennium ausgeführt und zu Ende gebracht werden soll, wird heutzutage nicht mehr beobachtet.

c. 5. §. 4. C. 7. 63.
Clem. 3. 2. 12.
Linde im Arch. f. civ. Prax. Bd. XIX. S. 283 flg.
Derselbe in s. Zeitschr. Bd. X. S. 315 flg.

Von der Rechtfertigung (justificatio) der Appellation.

§. 321.

Die Rechtfertigung der Appellation besteht in der Ausführung der Gründe, wegen welcher man das angefochtene Urtheil für beschwerend hält. — Die Rechtfertigungsgründe können, wie schon oben bemerkt worden ist, von doppelter Art seyn; entweder bloß Rechtsgründe, durch welche man, ohne in der thatsächlichen Lage des Streites in der vorigen Instanz etwas zu verändern, zu zeigen sucht, daß sich der Unterrichter geirrt habe; — oder neue thatsächliche Behauptungen. — Nach gemeinem Rechte ist es auch erlaubt, — wenn man keine nova vorzubringen hat, — sich anstatt einer Ausführung der Rechtsgründe bloß auf die Voracten zu beziehen.

J. R. A. §. 65.
Vgl. v. Linde in s. Zeitschr. Bd. IX. S. 327.
und dessen Handb. IV. S. 189 flg.

Wenn jedoch der Appellant seine Beschwerden durch nova rechtfertigen will, so müssen diese in der Rechtfer-

tigungsschrift speciell und mit dem Erbieten zur Leistung des erforderlichen Eides angegeben werden.

J. R. A. §. 64.

Martin, Lehrb. §. 288. not. g.

Das Gesuch ist hier immer auf Abänderung des vorigen Erkenntnisses zu richten. Die Rechtfertigung der Appellation kann übrigens auch schon mit der Einführung derselben verbunden werden, und diese Verbindung ist um so mehr zu empfehlen, als dadurch das so sehr gedehnte Appellationsverfahren doch einigermaßen abgekürzt wird.

Verfügung auf die Justification.

§. 322.

Die Verfügung auf die Justification der Appellation ist verschieden, je nachdem das Obergericht die Beschwerdegründe erheblich findet oder nicht.

Erscheint nämlich

I. die Beschwerde des Appellanten jetzt schon offenbar als grundlos, so ist es gar nicht mehr nothwendig, noch die Acten von dem Untergerichte abzufordern, oder den Appellaten zu hören, sondern das Obergericht kann die Appellation sogleich ex defectu materialium verwerfen.

c. 38 u. 59. X. 2. 28.

c. 5. in 6to. 2. 15.

Vgl. v. Linde, Hdb. IV. S. 104. flg.

Ist dagegen

II. eine offenbare Unerheblichkeit der Beschwerden nicht vorhanden, so werden, wie man sich auszudrücken pflegt, Appellationsprocesse erkannt, d. h. es wird die Einleitung zu weiteren Verhandlungen getroffen. Diese

Verfügung ist jedoch nicht immer gleich umfassend. Zuweilen wird a) dem Unterrichter jedes weitere Vorschreiten in der Sache untersagt (durch die s. g. lit. *inhibitoriales*); es wird ihm zugleich b) anbefohlen, die Acten mit Bericht einzusenden (durch die s. g. lit. *compulsoriales*), und endlich wird c) dem Appellaten die Einführungs- und Rechtfertigungsschrift mit der Auflage mitgetheilt, binnen einer bestimmten Frist seine Erinnerung (Appellations-Exception) dawider abzugeben. — Zuweilen werden aber auch diese Verfügungen nicht sogleich auf einmal schon erlassen, sondern die Einführungs- und Rechtfertigungsschrift wird dem Appellaten vorläufig nur zur Nachricht mitgetheilt, und dem Unterrichter die Einsendung der Acten mit Bericht anbefohlen. — In dem ersten Falle sagt man, es seyen vollständige, im zweiten, es seyen unvollständige Appellationsprocesse erkannt. Wann das Obergericht diese, wann jene zu erkennen habe, darüber gibt es keine gesetzliche Vorschrift, sondern hier entscheidet das Ermessen des Richters. Gewöhnlich werden anfangs nur unvollständige Processe erkannt, um, — wenn allenfalls nach eingesandten Acten und nach erstattetem Berichte die Sache ohne weiteren Schriftenwechsel entschieden werden könnte, — das Verfahren abzukürzen. Erst dann, wenn sich auch nach genommener Acteneinsicht die Vernehmung des Appellaten noch als nothwendig oder als zweckmäßig darstellt, wird die früher unterlassene Verfügung nachgeholt, und dem Appellaten eine Frist zur Abgabe seiner Exception vorgeschrieben. — Sollte endlich

III. das Obergericht die von dem Appellanten geführte Beschwerde für so offenbar begründet halten, daß eine Rechtfertigung des unterrichterlichen Erkenntnisses auf keine Art als möglich erscheint, so kann dasselbe so-

gar, ohne den Appellaten vorher zu vernehmen, eine reformirende Verfügung (eine s. g. Ordination, oder ein rescriptum de emendando vel tollendo gravamine) erlassen, d. h. dem Untergerichte ohne weiters befehlen, der Beschwerde abzuhelfen. — Solche Ordinationen, welche dem Bestreben, das Verfahren abzukürzen, ihre Entstehung zu danken haben, und nicht nur bei den d. Reichsgerichten, sondern auch bei den Territorialgerichten üblich waren, sollen jedoch nur mit Vorsicht, und namentlich in dem Falle, wenn in der Rechtfertigungsschrift nova vorgebracht wurden, gar nicht erlassen werden.

Vergl. darüber:

v. Gönner, Hdb. III. Abh. 69.

v. Almendingen, Metaph. des Civilprocesses. I. S. 189.

v. Linde, in s. Zeitschr. Bd. X. S. 313—385. und im Handb. V. S. 111—158, wo übrigens die ganze Lehre mit einer theilweise abweichenden Terminologie unter allgemeinere Gesichtspunkte gestellt wird. — Ueber die legislativen Bedenken gegen die Zulassung der Ordinationen s.

Mittermaier, der gem. d. Proc. III. Beitrag S. 71. (2. Aufl.)

Thon, die besten Mittel zur Verhütung und Abkürz. der Proc. Ilmenau 1825. S. 22 flg.

Dagegen aber:

v. Linde, Hdb. V. S. 156 flg.

In solchen Fällen, wo es das Obergericht nothwendig findet, den Appellaten mit seiner Gegenerinnerung zu hören, bildet übrigens diese Gegenerinnerung in der Regel den Schlußsatz, und nur, wenn von einer oder der andern Seite nova vorgebracht wurden, ist ein

weiteres Verfahren nothwendig, welches sich nach den Grundsätzen über das Verfahren in erster Instanz richtet.

J. R. A. §. 70.

Vgl. v. Gönner, Hdb. Abh. 60. §. 26—32.

Martin, Lehrb. (12te Aufl.) S. 529. not. m.

Von den Wirkungen der Appellation.

A. Suspensiveffect.

§. 323.

Da es bei dem Gebrauche der Appellation auf eine Abänderung des unterrichterlichen Erkenntnisses abgesehen ist, und da, wenn dieser beabsichtigte Erfolg wirklich eintritt, doch alle diejenigen Verfügungen, welche etwa der Unterrichter mittlerweile zum Vollzuge seines Erkenntnisses getroffen hätte, wieder rückgängig gemacht werden müßten, so ist gesetzlich verordnet, daß der judex a quo, sobald die Appellation eingelegt ist, mit der Execution seines Urtheils inne halten, oder, was eben so viel ist, daß pendente appellatione die Sache in der bisherigen Lage bleiben soll. — Hierin besteht der s. g. Suspensiveffect der Appellation.

Fr. un. pr. D. 49. 7.

c. 3. C. 7. 62.

Nov. 134. c. 3. in fin.

c. 7. in 6to 2. 15.

Aus dieser Wirkung ergibt sich von selbst, daß diejenigen Rechte und Vortheile, deren eine Partei verlustig geworden wäre, wenn das Urtheil die Rechtskraft beschritten hätte, vorderhand unverändert fortdauern.

Fr. 13. §. 2. D. 28. 1.

Fr. 14. §. 8. D. 38. 2.

Dieses hindert jedoch nicht, daß, wenn durch die Fortdauer dieser Rechte für den Appellanten die künftige Realisirung eines günstigen Erfolges der Appellation gefährdet werden sollte, zur Abwendung dieser Gefahr geeignete Provisorien, z. B. durch Anordnung von Cautionen, getroffen werden dürfen.

Fr. 5. §. 1. D. 36. 3.

Fr. 21. §. 3. D. 49. 1.

Der Suspensiveffect tritt übrigens von selbst ein, d. h. es ist kein oberrichterlicher Befehl dazu nothwendig, um eine dieser Wirkung widersprechende Thätigkeit des Unterrichters zu sistiren.

Was aber den Zeitpunkt des Eintrittes betrifft, so kann zwar als solcher, — weil die Wirkung vor der Ursache nicht möglich ist, — erst der Moment der wirklichen Interposition des Rechtsmittels gedacht werden. — Da jedoch, wenn die Interposition wirklich erfolgt, auch die etwa schon vor derselben zum Behufe der Vollziehung des Urtheils getroffenen Verfügungen wieder rückgängig gemacht werden müssen, und der Richter nicht voraus wissen kann, ob das Rechtsmittel nicht binnen der zehntägigen Frist eingelegt werden wird, so ist die Uebung, gemäß welcher der Unterrichter seine executive Thätigkeit schon unmittelbar nach der Urtheilsverkündigung vorläufig einzustellen pflegt, vollkommen zu rechtfertigen.

Verfügungen, durch welche die bereits eingetretene Suspensivwirkung von dem Unterrichter wissentlich verletzt wird, pflegt man Attentate zu nennen, welche, wenn sie bei dem Oberrichter angezeigt und nachgewiesen werden, durch geeignete Befehle wieder zu cassiren sind (innovata debent revocari);

c. 7. in 6to 2. 15.

C. G. O. v. 1555. Thl. III. Tit. 31. §. 12 — 14.

J. R. A. §. 59.

Vis. Absch. v. 1713. §. 49.

und zwar auf Kosten des Unterrichters.

In folgenden Fällen darf jedoch dieser, ungeachtet der geschehenen Interposition des Rechtsmittels, doch mit dem Vollzuge seines Urtheils vorschreiten, ohne sich dadurch eines Attentats schuldig zu machen:

1) wenn die Berufung vor einem öffentlichen Notar, wenn auch rechtzeitig, interponirt, dem Unterrichter aber hievon keine Nachricht gegeben wurde;

C. G. O. 1555. II. 29. §. 5.

2) wenn die Interposition zwar bei dem Unterrichter selbst, aber erst nach dem Ablaufe der gesetzlichen Frist stattfand;

Vis. Absch. v. 1713. §. 49.

3) wenn die Appellation vor dem Endurtheile, also gegen eine interlocutoria eingelegt wurde.

c. 7. in 6to 2. 15.

c. 2. in 6to 2. 6.

R. A. v. 1594. §. 94.

(Von der gegenwärtigen Anwendung dieser Vorschrift wird später besonders gehandelt werden.)

4) Wenn zwar gegen das Endurtheil appellirt wurde, aber in einem Falle, in welchem strenge genommen der Gebrauch dieses Rechtsmittels gesetzlich untersagt wäre, z. B. gegen ein Urtheil wider einen confessus in jure;

c. 3. §. 5. u. c. 7. in 6to 2. 15.

5) in Handels- und Wechselsachen;

J. R. A. §. 107.

Reichsschl. v. 1670 (bei Bergmann S. 468).

endlich

6) in solchen Fällen, in welchen wegen vorhandener Gefahr auf dem Vollzuge der Zweck des Verfahrens durch die Gestattung des Suspensiveffectes vereitelt werden würde.

Da jedoch in dem Falle unter Ziffer 1 die Appellation doch ihren Fortgang nimmt; in dem Falle unter Ziff. 2 der Oberrichter den Appellanten gegen die Versäumung der Nothfrist in integr. restituiren, und hiernach das Rechtsmittel zulassen kann; da endlich in den Fällen unter Ziff. 4 und 6 der sich für verletzt haltenden Partei der Weg zu dem Oberrichter wenigstens thatsächlich doch nicht gesperrt und möglicher Weise der Oberrichter von der Erheblichkeit der Beschwerde überzeugt werden kann, — so kann in den hier bezeichneten Fällen der Suspensiveffect gewissermaßen dadurch nachgeholt werden, daß der Oberrichter an den Unterrichter s. g. Inhibitorialien erläßt, d. h. demselben befiehlt, in dem Verfahren Instand zu halten, — auch wohl die bereits getroffenen Verfügungen wieder aufzuheben, und solchen Instandsbefehlen hat der Unterrichter ebenfalls bei Vermeidung eines Attentats Folge zu leisten.

Vergleiche:

C. G. O. 1555. III. 31. §. 12.
J. R. A. §. 59.
W. A. v. 1713. §. 49.
c. 7. in 6to 2. 15.

Ueber die ganze Lehre s.
v. Linde, Hdb. V. S. 159 flg.

B. Devolutiveffect.

§. 324.

Der Devolutiveffect besteht darin, daß nach eingelegter Appellation die causae cognitio von dem Unterrichter auf das Obergericht übergeht, d. h daß nur dieses sowohl über den Grund der Beschwerden, als über die Zulässigkeit der Appellation zu entscheiden berechtiget ist. Obwohl es nämlich dem Unterrichter erlaubt ist, in den Aposteln seine Ansicht über die Zulässigkeit oder Verwerflichkeit des Rechtsmittels auszusprechen, so wird doch durch diesen Ausspruch die freie Beurtheilung des Obergerichts keineswegs beschränkt.

Fr. 6. D. 49. 5.

Fr. 1. pr. D. 49. 7.

c. 3. C. 7. 62.

c. 55. X. 2. 28.

Diese Wirkung ist von der Appellation unzertrennlich. Selbst dann, wenn der Appellant das Fatale versäumt haben sollte, zeigt sich dieselbe in so fern, als nicht der Unterrichter, sondern nur das Obergericht Restitution ertheilen kann.

v. Gönner, Hdb. III. Abh. 58.

Was die Frage betrifft, wie lange der Devolutiveffect fortdauert, d. h. wann die Zuständigkeit des Obergerichts wieder erlöscht, so bestimmt darüber das Röm. Recht, daß die einmal auf dem Wege der Appellation an einen höheren Richter devolvirte Sache unter keinem Vorwande mehr an den Unterrichter remittirt werden soll.

c. 6. pr. C. 7. 62.

Das canonische Recht unterscheidet aber, ob die Beschwerde in der Appellationsinstanz gegründet befunden wurde, oder nicht. In dem letzten Falle soll die Sache immer wieder an den vorigen Richter remittirt

werden, ohne Unterschied zwischen der Appellation gegen ein Definitivurtheil und gegen bloße Zwischendecrete.

c. 38. X. 2. 28.

„vel a *gravamine* vel *condemnatione* etc.“

c. 61. X. eod. (wo ganz allgemein, ohne Endurtheile und Zwischendecrete zu trennen, die Remission befohlen wird, si appellans in probatione causae appellationis defecerit).

Nur dann soll ungeachtet der Grundlosigkeit der Beschwerde die fernere Verhandlung doch bei dem Obergerichte verbleiben, wenn die Berufung gegen einen Zwischenbescheid gerichtet war, und der Unterrichter selbst die Appellation ausdrücklich für zuläſſig erklärt hatte, weil man in dieser unbedingten Zulassung des Rechtsmittels eine Renunciation des Unterrichters auf seine Competenzbefugnisse in der Sache zu finden glaubte.

c. 5. in 6. 2. 15.

Zeigte sich aber die Beschwerde als gegründet, so soll der Oberrichter das Recht haben, in der Sache auch fernerhin zu verfahren; ebenfalls ohne Unterschied zwischen Endurtheilen und Zwischenbescheiden.

c. 38. 59. 61. X. 12. 28.

c. 1. in 6. 2. 15.

Vgl. Linde im Arch. für civ. Prax. Bd. XV. S. 157 flg. (Zum Theil abweichend hievon war die Darstellung in den früheren Ausgaben gegenwärtiger Vorträge.)

In der C. G. O. von 1555. Thl. III. Tit. 50. §. 5. ist aber ausdrücklich verordnet, daß, wenn eine Sache einmal durch Appellation an das kaiserliche Kammergericht erwachsen wäre, die Execution des ergangenen Urtheils, auch wenn dadurch das vorige Urtheil bestätiget worden wäre, durch das Kammergericht geschehen soll. (Vergl. C. G. O. a. a. O. §. 6.) — Durch diese Vorschrift scheint

also, wenigstens in Bezug auf Endurtheile, die Unterscheidung des canonischen Rechts zwischen dem Falle der Confirmation und Reformation des vorigen Erkenntnisses aufgehoben zu seyn, und es würde sich demnach der Devolutiveffect bei der Appellation gegen eine sententia definitiva immer auch auf die Execution erstrecken. Nur bei Appellationen ante sententiam definitiv. kämen noch die obenangeführten Unterscheidungen des canonischen Rechts zur Anwendung.

S. Linde a. a. O. S. 169 flg.

Allein dieses Resultat der gesetzlichen Vorschriften ist weder in der Praxis befolgt, noch in der Doctrin allgemein anerkannt worden. Insbesondere haben sich neuere Proceßlehrer durch die Rücksicht auf das s. g. Recht der drei Instanzen dazu bestimmen lassen, jene Vorschriften zu verlassen, und solche Grundsätze aufzustellen, welche mit jenem Rechte nicht in Collision geriethen.

Gönner, Hdb. III. Bd. Abh. 60. §. 35 und 36.

Dagegen aber:

Linde, im Arch. für civ. Prax. XV. S. 174 flg., und in dem Hdb. V. S. 296 flg.

Cucumus im Arch. f. c. Pr.

Bd. XXVI. S. 343 flg. u.

Bd. XXVII. S. 57 flg.

Ueber die älteren Ansichten:

Danz, Grds. des ord. Proc. §. 440 not. b.

C. Wirkung der Appellation in Bezug auf den Appellaten.

§. 325.

Vor Justinian wurden in der Appellationsinstanz nur die Beschwerden derjenigen Partei berücksichtiget, welche

wirklich von dem Rechtsmittel Gebrauch gemacht hatte. Auf die selbständigen Beschwerden, welche allenfalls der Appellat dem Urtheile hätte entgegensetzen können, wurde nicht Bedacht genommen. Demnach konnte in der Appellationsinstanz nur entweder a) ein abänderndes Erkenntniß zum Vortheile des Appellanten, oder b) ein bestätigendes Erkenntniß, aber nie eine s. g. reformatio in pejus, d. h. ein abänderndes Erkenntniß zu Gunsten des Appellaten erfolgen.

Justinian legte aber der Appellation in der c. 39. C. 7. 62. in dieser Hinsicht eine ausgedehntere Wirkung bei. Er verordnete nämlich, daß, sobald der Appellant seine Beschwerdegründe vorgetragen haben würde, auch der Appellat das Recht haben sollte, seinerseits gegen das Urtheil Beschwerde zu führen; ja sogar, daß in Abwesenheit des Appellaten der Oberrichter von Amtswegen sein Interesse berücksichtigen soll.

Dieser Verordnung zufolge brauchen also in dem Falle, wenn ein unterrichterliches Erkenntniß für beide Theile gravirend ist, doch nicht beide Theile selbständig die Appellation zu ergreifen; sondern es genügt, wenn nur einer von ihnen das Rechtsmittel interponirt. Der Andere kann seine Beschwerdeführung nachholen, obwohl er selbst die Fatalien nicht beobachtet hatte. Diese Befugniß des Appellaten, sich mit einer eigenen Beschwerde den Beschwerden des Appellanten anschließen zu dürfen, nennt man jetzt das *beneficium adhaesionis*, und auf der Möglichkeit einer solchen Adhäsion, dann auf dem Grundsatze, daß der Oberrichter die etwaigen Beschwerden des abwesenden Appellaten von Amtswegen zu berücksichtigen habe, beruht das, was bei den Neueren communio appellationis heißt.

Vergl. R. A. 1566. §. 116.
R. A. 1594. §. 96.

Die Doctrin hat übrigens diese Wirkung der Appellation verschiedenen Beschränkungen unterworfen. — Insbesondere wird

1) dem Appellaten die Befugniß zu adhäriren nur insofern zugestanden, als er gerade gegen den nämlichen Entscheidungspunkt Beschwerde führen will, gegen welchen der Appellant das Rechtsmittel ergriffen hatte, oder gegen einen solchen, welcher unzertrennlich mit jenem zusammenhängt, weil nur in Ansehung solcher Punkte die Rechtskraft als suspendirt betrachtet werden könne.

Pütter opusc. XII. §. 18 — 20.

2) Das Recht und die Verbindlichkeit des Richters, das Interesse des Appellaten von Amtswegen zu berücksichtigen, wird (wegen der Worte: „Sin autem absens fuerit" in der c. 39 cit.) nur auf den Fall beschränkt, wenn dem Appellaten keine Gelegenheit gegeben wurde, seine etwaigen Beschwerden selbst vorzubringen. Ward ihm Gelegenheit dazu gegeben, und er benützte sie nicht, oder beschränkte sein Vorbringen nur auf die Vertheidigung des vorigen Urtheils, so soll der Richter die Befugniß nicht haben, auch für ihn zu sorgen.

Reinhardt, Hdb. II. §. 352. a. E.
v. Gönner, Hdb. III. S. 177. flg.
Gensler, Comment. II. S. 121.
Vergl. jedoch v. Linde Hdb. Bd. V. S. 257 flg.
Schmid, Hdb. III. S. 462 flg.

3) Was den Zeitpunkt betrifft, in welchem das Rechtsmittel gemeinschaftlich zu werden anfängt, so glaubt zwar v. Gönner (im Hdb. III. Abh. 57. §. 25), daß dieselbe erst nach erkannten Appellationsprocessen und nach

geschehener Vorladung des Appellaten eintrete. Allein eine richtige Auslegung der c. 39. C. 7. 62. führt vielmehr zu dem Resultate, daß schon durch die Einführung der Appellation für den Gegner das Recht zu adhäriren begründet werde; weßhalb es dem Letzteren unschädlich ist, wenn der Appellant das Rechtsmittel erst nach geschehener Introduction fallen läßt.

v. Linde, Hdb. Bd. V. S. 244 flg., besonders S. 248. Schmid, Hdb. III. S. 450. not. 22, wo die verschiedenen Meinungen über diesen Punkt angeführt und geprüft werden.

Eine Folge der Gemeinschaft der Appellation ist übrigens die Befugniß des Oberrichters, auch *in pejus* zu reformiren, d. h. ein für den Appellanten noch nachtheiligeres Urtheil zu fällen, als das angefochtene der vorigen Instanz war. Daß diese Befugniß dem Oberrichter dann zustehen müsse, wenn der Appellat ausdrücklich und auf zulässige Art adhärirte, kann wohl auf keinen Fall bezweifelt werden, indem ja sonst die Adhäsion offenbar zwecklos wäre. Aber auch in solchen Fällen, wo der Appellat zwar nicht ausdrücklich adhärirte, aber es doch auf erlaubte Weise hätte thun können, und die Adhäsion nur deßwegen unterblieb, weil ihm der Richter keine Gelegenheit dazu verschaffte, wird man die Zulässigkeit einer reform. in pejus als gesetzlich begründet anerkennen müssen, weil es unter den gedachten Voraussetzungen dem Richter, nach der gewöhnlichen Interpretation der Worte: „sin autem absens fuerit“ in der c. 39. C. 7. 62. obliegt: „per suum vigorem partes adversarii adimplere.“

Vergl. Mittermaier im Arch. für civ. Prax. VII. S. 86 flg.

Daß das Recht zu adhäriren, und hiemit auch die

Möglichkeit einer reform. in pejus dem Röm. Rechte ganz fremd gewesen sey,

Heffter Inst. Seite 472 not. 87. und S. 474 nro. 24.

steht doch wohl mit den Worten der c. 39. C. 7. 62. (judicatis *opponere*) im Widerspruche, und die zum Beweise jener Behauptung angeführte Nov. 49. c. 1. kann auch von dem Falle verstanden werden, wenn der Appellat selbst nur die Aufrechthaltung der vorigen Sentenz wünschte.

S. Gensler, Comment. II. S. 119 flg.

In der neuesten Zeit ist die Lehre von der Gemeinschaft der Appellation, von der Abhäsion und der reformatio in pejus der Gegenstand mehrseitiger gründlicher Untersuchungen geworden, deren Resultat, — abweichend von der älteren hier noch beibehaltenen Ansicht — im Allgemeinen darin besteht, daß dem Appellationsrichter bezüglich einer reformatio in pejus ein ungleich freierer Spielraum eingeräumt wird.

Vgl. darüber:

v. Arnold, im Arch. für civ. Prax. Bd. XXVIII. S. 73 flg.

A. C. J. Schmid, in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proc. Neue Folge Bd. IV. S. 25 flg.

J. B. Sartorius, im Arch. für civ. Pr. Bd. XXXI. S. 83 flg. und S. 313 flg.

v. Linde, ebendas. Bd. XXXII. S. 149 flg.

Unabhängig von dem benefic. adhaesionis ist das dem Appellaten, wie dem Appellanten, aber freilich auch nur unter denselben Bedingungen zustehende Recht, zu seiner Vertheidigung in der Appellationsinstanz nova vor-

zubringen, und auch in dieser Hinsicht spricht man von einer Gemeinschaft des Rechtsmittels.

J. R. A. §. 73. a. E.

Gensler a. a. O. S. 151 Nr. 6.

Von der Appellation gegen Interlocute.

§. 326.

Daß nach gemeinem deutschen Gerichtsgebrauche die Appellation auch gegen Zwischenbescheide und im Laufe des Processes erlassene Decrete unbedingt zugelassen wird, ist bereits oben bemerkt worden. Eine andere Frage ist aber, ob der Gebrauch dieses Rechtsmittels gegen solche Decrete auch als nothwendig erscheine? — Das canonische Recht unterscheidet hiebei, ob das Interlocut der Hauptsache selbst präjudicirt oder nicht. In dem ersten Falle soll es nicht nothwendig seyn, sogleich dagegen zu appelliren, sondern die verletzte Partei soll ihre Beschwerde auch noch in der Appellation gegen das Endurtheil nachholen dürfen. In dem zweiten Falle aber ist ein solcher Aufschub des Rechtsmittels für unzuläſſig erklärt.

c. 12. in 6. 2. 15.

Die deutschen Reichsgesetze sprechen nirgendwo ausdrücklich von der Nothwendigkeit, sondern nur von der Zuläſſigkeit der Appellation gegen Interlocute.

C. G. O. v. 1495. §. 20.

Not. Ordn. v. 1512. Tit. IV. §. 1.

C. G. O. v. 1555. II. 28. §. 6. und 29. §. 3 und 4.

Auch kann in den Fällen, wo diesen Gesetzen zufolge eine Zwischenappellation erlaubt ist, von der Zuläſſig-

keit nicht mit Sicherheit auf die Nothwendigkeit geschlossen werden. Denn, wenn gleich gesagt wird, daß gegen ein Beiurtheil, welches die Kraft eines Endurtheils hat, incidenter appellirt werden dürfe, so wäre es ja immerhin noch möglich, daß man der dadurch gravirten Partei deßhalb, weil sie etwa incidenter doch nicht appellirt hätte, darum die Freiheit nicht entziehen wollte, ihre Beschwerde in der nachfolgenden Appellation gegen die Definitivsentenz nachzuholen. Eher könnte man den Schluß von der Zulässigkeit auf die Nothwendigkeit bei solchen Zwischendecreten rechtfertigen, welche ohne die Kraft eines Endurtheiles zu besitzen, eine Beschwerde enthalten, welche, „durch Mittel der Appellation von dem Endurtheil nicht wieder gebracht werden möchte" (ein gravamen irreparabile). — Denn insofern man hier an eine factische Unmöglichkeit späterer Abhülfe durch den Oberrichter denkt, ist es allerdings richtig, daß man jetzt schon, also incidenter appelliren muß, wenn die Appellation etwas nützen soll. Allein auch hier läßt sich noch der Fall als möglich denken, daß die Gesetze eine Abhülfe durch den gravirenden Richter selbst für zulässig hielten, so daß demnach eine Anrufung des Oberrichters (Appellation) zunächst doch auch nicht als unbedingt nothwendig erschien. — Das praktische Interesse der Sache läßt sich wohl am besten durch die Frage ausdrücken: kann ein Zwischendecret dadurch für den Oberrichter unabänderlich werden, daß keine Partei binnen zehn Tagen nach der Bekanntmachung desselben dagegen appellirt; oder darf der Oberrichter ein solches Decret doch noch aufheben oder abändern, wenn gleich keine Partei incidenter dagegen bei ihm Beschwerde geführt hätte, aber in der Berufung gegen das Endurtheil darauf einen Antrag stellte? —

Auf diese Frage geben nun die d. Reichsgesetze nirgendwo eine befriedigende Antwort. Selbst dann, wenn man mit Gewißheit annehmen könnte, daß jene Interlocute und Decrete, gegen welche die Reichsgesetze eine Zwischenappellation zulassen, durch die Unterlassung derselben unabänderlich (rechtskräftig) werden sollten, würde immer noch die Schwierigkeit übrig bleiben, zu bestimmen, welche Beiurtheile die Kraft eines Endurtheils haben, und welche Beschwerden durch die Appellation gegen das Endurtheil nicht mehr wiedergebracht werden können; eine Schwierigkeit, über deren Lösung man sich nie vollkommen vereinigen konnte.

Vgl. z. B. *H. Vulteji* tract. de jud. l. IV. c. 2. p. 631.

J. H. Boehmer, J. E. P. lib. II. Tit. 28. §. 10.

Bei dieser Unzulänglichkeit der gesetzlichen Vorschriften auf einer, und dem unabweislichen praktischen Bedürfnisse einer bestimmten Antwort auf die vorhin aufgestellte Frage auf der andern Seite hat nun die Doctrin in neuerer Zeit die Nothwendigkeit der Appellation gegen Beiurtheile und Zwischendecrete auf folgende Art näher zu bestimmen gesucht:

Man ging davon aus, daß die Anrufung der oberrichterlichen Hülfe in solchen Fällen überflüssig sey, wo der Unterrichter selbst noch die Befugniß habe, die von ihm zugefügte Beschwerde zu heben.

Da ihm nun diese Befugniß nach gemeinem Rechte dann wirklich zusteht, wenn er über einen Punkt decretirte, worüber noch nicht beide Theile gehört worden waren,

Fr. 14. D. 42. 1.

c. 3. und 5. C. 7. 57.

c. 60. X. 2. 28.

Decisivdecret = nach vorhergegangenem contradictorischem Verfahren.

und nur im entgegengesetzten Falle eine Abänderung des Erkenntnisses durch den erkennenden Richter selbst unstatthaft ist, — so gelangte man zu der Ansicht, daß die Appellation nur gegen beschwerende Decisivdecrete (diese mögen nun Endurtheile, oder über einen Incidentpunkt erlassene Bescheide seyn), nicht aber auch gegen einfache Decrete nothwendig sey. Die Mittel aber, deren sich die durch ein einfaches Decret verletzte Partei zunächst bedienen kann, sind verschieden, je nachdem das Decret den Antrag des Imploranten zurückweist, ohne vorher den Imploraten darüber gehört zu haben, oder jenem Antrage sogleich Statt gibt.

In dem letzten Falle kann sich der Angegriffene durch Einreden zu vertheidigen suchen, und erst dann, wenn der Richter ungeachtet dieser Einwendungen bei seinem früheren Ausspruche beharrt, ist der Gebrauch der Appellation nothwendig, weil nun in Folge der nachgeholten Vertheidigung das ursprünglich einfache Decret wirklich die Natur eines Decisivdecrets angenommen hat. — In dem ersten Falle dagegen kann der Implorant vorerst durch Gegenvorstellungen die Zurücknahme des abschlägigen Decrets zu bewirken suchen, und nur dann, wenn auch diese fruchtlos bleiben, ist er genöthiget, den Weg der Beschwerdeführung an den höheren Richter zu ergreifen.

v. Grolman, Theor. des gerichtl. Verf. §. 98—100.
v. Gönner, Hdb. I. Abh. 7. §. 22—25 und III Abh. 57. §. 2—5.

Einige Proceßlehrer halten jedoch dafür, daß gegen abschlägige Decrete sogleich die Appellation ergriffen werden müsse, wenn sie nicht in Rechtskraft übergehen sollen, weil hier der Implorat schon durch den Richter vertheidiget sey.

Arch. V. S 365. not. 22.

Bei solchen Decreten ist auch diese Ansicht gewiß zu rechtfertigen, worin von dem zuständigen Richter — (also z. B. bei der Appellation von dem Oberrichter) ein Rechtsmittel abgeschlagen wird, weil hier, wenn man nicht gegen dieses rejectorium sogleich die Appellation einlegt, das anzufechtende Urtheil voriger Instanz in Rechtskraft übergehen könnte.

v. Gönner, Hdb. I. 7. §. 26. u. III. 57. §. 3. u. 4.

Gegen diese neuere Theorie über die Nothwendigkeit der Appellation gegen Interlocute und Decrete erklärt sich jedoch: Linde in s. Zeitschr. Bd. IV. S. 1 bis 16 und in s. Handb. Bd. IV. §. 32. bis §. 38. Allein das Resultat, zu welchem derselbe gelangt (Zeitschr. Bd. IV. S. 16 unten), führt wieder zu neuen Zweifeln, und scheint daher dem praktischen Bedürfnisse nicht abzuhelfen.

Was das Verfahren bei der Appellation gegen Interlocute betrifft, so unterscheiden die deutschen Reichsgesetze zwischen solchen Interlocuten, welche die Kraft eines Endurtheiles haben, und anderen Decreten. Hinsichtlich der ersteren soll dasselbe Verfahren beibehalten werden, wie gegen Endurtheile,

C. G. O. 1555. II. 29. §. 3. und 4., und III. 31. §. 10. und 11.
D. A. 1600. §. 113.
J. R. A. §. 58.

eine Vorschrift, welche man jetzt auf die Appellation gegen Decisivdecrete, — welche nach vorläufiger Vernehmung beider Theile erlassen wurden — anwendet.

Das Verfahren bei der Appellation gegen interloc. simpl. — (jetzt gegen Decrete auf einseitigen Antrag) — ist aber mit Rücksicht auf die Verordnungen des

canonischen Rechts auf abweichende Art bestimmt. — Weil nämlich

1) der Unterrichter solche Decrete selbst wieder zurücknehmen oder abändern kann, eine solche Abänderung aber voraussetzt, daß er wisse, wodurch und warum sich eine Partei beschwert glaubt, so soll der Appellant schon sogleich bei der Interposition des Rechtsmittels auch seine Beschwerdegründe ausdrücklich anführen. Auch soll die Interposition und diese Anzeige nicht, wie sonst, auch mündlich, sondern nur schriftlich geschehen dürfen, damit dem Richter ein fester Anhaltspunkt zur Prüfung gegeben sey.

c. 60. X. 2. 28.

c. 1. und 10. in 6. 2. 15.

Not. Ordn. v. 1512. Tit. IV. §. 1.

C. G. O. 1555. II. 29. §. 3. und 4.

Aus andern, als den bei der Interposition angeführten Gründen soll auch nachher in höherer Instanz keine Rechtfertigung der Appellation zugelassen werden.

Clem. 5. 2. 12.

C. G. O. 1555. II. 29. §. 4.

D. A. 1600. §. 113.

Vergl. jedoch:

C. G. O. 1507. II. §. 7.

Linde, Lehrb. §. 412. not. 23. (5te Aufl.)

2) Was das Interpositionsfatale betrifft, so ist hierüber weder im canonischen Rechte, noch in den deutschen Reichsgesetzen bei der Berufung gegen appellable Interlocute, auch wenn diese die Kraft eines Endurtheils nicht hätten, etwas Abweichendes verordnet. — Vielmehr läßt sich aus dem Umstande, daß selbst bei einer bloßen Extrajudicialappellation das fatale decendii beibehalten wurde,

c. 8. in 6. 2. 15.

mit Grund darauf schließen, daß dieses Fatale auch bei der Berufung gegen Decrete in caus. judic. beobachtet werden sollte.

Da jedoch nach der Theorie der Neueren die Appellation gegen einfache Decrete überhaupt nicht nothwendig ist, d. h. da ein solches Decret doch nicht rechtskräftig und unabänderlich wird, wenn gleich das Rechtsmittel der Berufung nicht dagegen gebraucht wurde, so hat freilich jenes Fatale hier die Wichtigkeit nicht, wie bei der Appellation gegen Endurtheile, und solche Interlocute, welche praevia disceptatione causae erlassen wurden. — Will sich nämlich

a) der Implorant gegen ein einfaches abschlägiges Decret beschweren, so kann er auch den Weg der Gegenvorstellung bei dem nämlichen Richter versuchen, und in diesem Falle ist er an gar keine bestimmte Frist gebunden. — Dergleichen Gegenvorstellungen können sogar öfter wiederholt werden, ohne daß die Erfolglosigkeit derselben, oder der Ablauf der hiezu verwendeten Zeit dem abschlägigen Decrete die Eigenschaft der Rechtskraft gewähren könnte. Daß der Implorant, wenn alle Gegenvorstellungen bei dem judex a quo fruchtlos bleiben, zuletzt doch bei dem Oberrichter Hülfe suchen muß, und dieses auch darf, läßt sich allerdings nach dieser Theorie nicht läugnen. Da jedoch die Gegenvorstellungen auf keine bestimmte Zahl beschränkt sind, so fehlt es an einem festen Anhaltspunkte, um bestimmen zu können, wann für eine solche Beschwerdeführung das zehntägige Fatale zu laufen anfangen soll.

In der Inconvenienz, welche durch die maßlose

Zulassung von Remonstrationen gegen dasselbe Decret entsteht, liegt wohl auch der Grund, warum einige Rechtslehrer dergleichen abschlägige Verfügungen den Decisivdecreten gleichstellen, und daher sofort die Appellation für nothwendig erklären, — eine Ansicht, welche auch in mehreren neuen Proceßordnungen Eingang gefunden hat. — Folgt man dieser Ansicht, so fängt das Fatale, wie sonst, von der Zeit der geschehenen Bekanntmachung des Decrets zu laufen an.

Will sich aber

b) der Implorat gegen ein zum Vortheile seines Gegners erlassenes willfähriges Decret beschweren, so kann er Dieses ebenfalls in der Art thun, daß er zunächst bei dem Unterrichter selbst Einwendungen vorbringt. Erst dann, wenn diese Einwendungen ohne Erfolg bleiben, d. h. wenn der Unterrichter, Einwendens ungeachtet, das beschwerende Decret wiederholt, ist die Appellation nothwendig, und für diese läuft das Fatale vom Zeitpunkte der geschehenen Eröffnung des Inhäsivdecrets. — Da übrigens in diesem Falle das erneuerte Decret in der That die Natur eines Decisivdecretes annimmt, so scheint es richtiger zu seyn, die dagegen ergriffene Appellation in jeder Hinsicht nach den Grundsätzen über die Berufung gegen definitive oder diesen gleichstehende Urtheile zu behandeln, folglich auch die Beschränkung sub. Nro. 1. nicht darauf anzuwenden.

3) Zur Einführung der Appellation darf der Unterrichter eine angemessene Frist bestimmen.

c. 1. in 6. 2. 15.

c. 5. X. 2. 28.

4) Bei Berufungen gegen einfache Decrete wird von dem Obergerichte gewöhnlich kein vollständiges Appellationsverfahren eingeleitet, sondern der Beschwerde, wenn sie begründet befunden wird, durch ordinationes oder rescripta de toll. vel emend. gravamine abgeholfen.

Auch in Ansehung der Wirkungen ist übrigens ein Unterschied zwischen der Appellation gegen einfache Decrete und Urtheile im eigentlichen Sinne. Denn

1) bei jener tritt der Suspensiveffect nicht von selbst ein, sondern der Unterrichter kann, ungeachtet der geschehenen Interposition des Rechtsmittels, das Verfahren fortsetzen, ohne sich dadurch eines Attentates schuldig zu machen, und zwar so lange, bis von dem Obergerichte Inhibitorialien erlassen werden.

c. 7. in 6. 2. 15.
c. 2. in 6. 2. 6.
S. noch R. A. v. 1594. §. 94.

2) Ueber die Ausdehnung des Devolutiveffectes s. oben.

Vgl. überhaupt: Linde, in s. Zeitschrift Bd. IV. S. 218 flg. und im Hdb. Bd. V. S. 344 flg.

Von den ordentlichen Rechtsmitteln ohne Devolutivkraft.

§. 327.

Außer der Appellation kommen in Deutschland noch mehrere andere Rechtsmittel unter verschiedenen Benennungen vor, z. B. die Supplication, Revision, Läuterung, Restitution u. dgl., welche zwar auch den Suspen-

sіveffect haben, aber die Sache nicht an einen höhern Richter bringen, sondern nur eine nochmalige Prüfung des Urtheils in derselben Instanz bewirken, in welcher es ergangen ist. — Schon das neuere Röm. Recht kannte ein solches Rechtsmittel, — die supplicatio gegen beschwerende Erkenntnisse des praefect. praetor. — Diese Erkenntnisse waren nämlich zwar inappellabel; allein schon vor Justinian war es erlaubt, sich dagegen binnen 2 Jahren mit einer supplicatio an den Kaiser zu wenden, welcher eine retractatio anordnen, d. h. eine nochmalige Untersuchung der Sache durch den praef. praet. befehlen konnte.

c. un. C. 7. 42.

Vgl. c. 5. C. 1. 19.

Justinian bestimmte nun, ohne das bisherige Recht aufzuheben, die Sache noch näher dahin, daß,

1) wenn zur Zeit der anbefohlenen retractatio etwa noch derselbe praef. praet. im Amte stünde, welcher das Urtheil gesprochen, — bei den Verhandlungen auch der Quästor zugezogen werden sollte;

c. 35. (rest.) C. 7. 62.

2) ertheilte er der suppl. auch den Suspensiveffect, insofern sie noch binnen 10 Tagen nach der Verkündung des Urtheils unmittelbar bei dem praef. pr. selbst, oder seinem consiliarius schriftlich angebracht, und von dem siegenden Theile keine genügende Caution de restit. durch Bürgen geleistet werden würde.

Nov. 110. c. 5. u. daraus die Auth. „quae supplic. gloriosissimis." C. 1. 19.

Endlich

3) erklärte er die suppl. in dem Falle für unzulässig, wenn eine Partei schon zweimal ohne günstigen Erfolg appellirt hatte.

c. un. C. 7. 70.

Durch die Bestimmung unter nro. 2 ist daher wirklich die Supplication ein ordentliches Rechtsmittel ohne Devolutivwirkung geworden. Obgleich nun dasselbe nur gegen Erkenntnisse des praef. praet. eingeführt war, und folglich auf die spätere Verfassung nicht mehr paßte, so trugen doch die älteren Schriftsteller kein Bedenken, die supplicatio auch auf die damaligen Verhältnisse anzuwenden, z. B. Durand. spec. II. 3. de suppl. Die deutschen Reichsgesetze nahmen zwar dieses Rechtsmittel nicht auf, obwohl ihnen dasselbe bekannt war; ja in der C. G. O. v. 1555. III. 51. wurde sogar das Suppliciren gegen kammergerichtliche Urtheile ausdrücklich untersagt; allein sie führten dagegen ein anderes, ähnliches Rechtsmittel, nämlich die Revision ein, und motivirten wenigstens die Einführung desselben durch die Bemerkung, „daß auch nach kaiserlichen Rechten wider Endurtheile zu suppliciren zugelassen sey."

R. A. 1532. Tit. III. §. 16. und 17. — C. G. O. 1555. III. 53.

Diese Revision stimmte mit der Röm. suppl. darin überein, daß sie, wie diese, ein an sich inappellables Urtheil (nämlich des Reichskammergerichts) voraussetzte; — wich aber sowohl in Ansehung der Zeit, binnen welcher sie gebraucht werden mußte, — als auch darin von derselben ab, daß die Revision nicht wieder von dem Kammergerichte, sondern von den durch die Reichsstände hiezu ernannten Revisoren vorgenommen wurde.

Vgl. Danz, Grds. des Reichsgchtsproc. §. 363. flg.

Auch gegen Erkenntnisse des Reichshofraths konnte übrigens seit dem westphälischen Frieden per viam supplicationis ad Caesar. Maj. die Actenrevision erwirkt werden.

Instr. P. O. V. §. 55.

Danz a. a. O. §. 36 Nro. 4. und §. 406 flg.

Außer der bisher erwähnten Revision kommt in den Reichsgesetzen auch noch eine andere vor, nämlich gegen untergerichtliche Erkenntnisse, von welchen wegen des Mangels der summa appell. an die Reichsgerichte nicht appellirt werden konnte. Schon der Deputations-Abschied von 1600 §. 16. verordnete, daß dem durch ein solches Erkenntniß beschwerten Theile unbenommen seyn sollte, seine gravamina per viam supplicationis an die ordentliche Obrigkeit in gebührender Zeit Rechtens anzubringen, welche auch schuldig sey, dieselbe anzunehmen, und per modum revisionis ex eisdem actis endlich zu entscheiden, oder aber nach Gelegenheit einer jeden Sache, und, da es von einer oder der andern Partei begehrt würde, und erhebliche Ursachen vorhanden wären, die Acten auf eine Universität, oder aber zweien oder dreien Rechtsgelehrten ad revidendum zu überschicken. — Im J. R. A. §. 113. wurde diese Verordnung im Wesentlichen bestätiget.

Diese Revision war demnach ein Surrogat der Appellation, weßhalb auch die in Ansehung der letzteren geltenden Grundsätze auf dieselbe angewandt wurden, so weit sie mit der eigenthümlichen Natur dieses Rechtsmittels vereinbar waren.

Namentlich mußte 1) das Revisionsgesuch binnen 10 Tagen bei dem Richter, welcher das beschwerende Urtheil gefällt hatte, angebracht werden;

D. A. v. 1600. a. a. O. „in gebührender Zeit Rechtens."

2) das Rechtsmittel der Revision hatte den Suspensiveffect, und

3) es war hier, wie bei der Appellation, den Parteien erlaubt, nova vorzubringen.

D. A. v. 1600. a. a. O. „es hätten denn die Parteien" rc.

v. Gönner Erört. S. 220.

Nur diejenigen Eigenthümlichkeiten der Appellation, welche mit der Devolutivwirkung zusammenhängen, fielen hier hinweg, weil diese Wirkung selbst nicht stattfand. Es war daher weder nothwendig um Apostel zu bitten, oder Apostel auszustellen, noch um Herausgabe der Acten nachzusuchen, und eine Introduction des Rechtsmittels konnte ebenfalls nicht vorkommen, weil die Sache gar nicht an eine höhere Instanz gelangte. Das einleitende Verfahren beschränkte sich demnach bloß auf die Interposition, welcher binnen einer von dem Richter zu bestimmenden Frist die Justification folgte. — Weil übrigens von dem erkennenden Richter selbst eine Abänderung seines vorigen Urtheils mit Wahrscheinlichkeit nicht erwartet werden konnte, so war, gleichsam als Ersatz der fehlenden Devolutivwirkung, die Actenversendung zugelassen.

J. R. A. §. 113.

Durch die Auflösung der deutschen Reichsverfassung verloren nun zwar allerdings die bisher angeführten Rechtsmittel ihren praktischen Werth, weil sie nur auf reichsgerichtliche Entscheidungen selbst, oder auf einen Ersatz für die entzogene Appellationsbefugniß an die Reichsgerichte berechnet waren.

Allein neben diesen reichsgesetzlichen Suspensivmitteln existirten schon längst — besonders im Norden von Deutschland, verschiedene, particularrechtlich begründete Rechtsmittel dieser Art unter mancherlei Benennungen, und diese bestehen theilweise auch jetzt noch fort. Zwischen diesen und der reichsgesetzlichen Revision nach dem D. A. v. 1600 ist jedoch der wesent-

liche Unterschied, daß die ersteren nicht, wie diese Revision, bloß in subsidium, d. h. in solchen Fällen zugelassen werden, in welchen die Appellation wegen Mangels der Appellationssumme nicht stattfindet, sondern daß sie electiv mit der Appellation concurriren, so daß es in der Willkür der beschwerten Partei liegt, — gegen ein Erkenntniß, wogegen auch noch appellirt werden könnte, — anstatt Dessen ein Suspensivmittel zu gebrauchen. Die näheren Bestimmungen über die Erfordernisse und das Verfahren bei dem Gebrauche solcher Rechtsmittel müssen übrigens aus den Proceßordnungen derjenigen deutschen Länder geschöpft werden, in welchen sie noch vorkommen. Wenn jedoch diese nicht ausreichen, so pflegt man die Reichsgesetzlichen Vorschriften über die Revision gegen solche Urtheile zur Anwendung zu bringen, gegen welche die Berufung an das C. G. wegen Mangels der Appellationssumme nicht zuläßig war.

Vgl. über das Ganze:

Goldschmidt, Abh. XI.

Heffter, Syst. S. 558 — 562, wo auch Bemerkungen über den Ursprung dieser Rechtsmittel zu finden sind.

Gensler, Commentar II. S. 156 flg.

Linde, im Arch. für civ. Prax. XXI. S. 309 flg. und im Hdb. Bd. V. 374 flg.

Ueber Concurrenz und Cumulation der Rechtsmittel s. Linde in s. Zeitschrift Bd. XI. S. 301 flg.

Von der Beschwerde über heilbare Nichtigkeiten.

§. 328.

Obwohl dieses Rechtsmittel zu den ordentlichen gehört, und daher hier genannt werden muß, so werden doch die darüber geltenden Grundsätze zweckmäßiger im Zusammenhange mit den Grundsätzen über das außerordentliche Rechtsmittel der Beschwerde über unheilbare Nichtigkeiten vorgetragen, von dem ohnehin zunächst zu handeln ist.

II. Von den ordentlichen Rechtsmitteln.

I. Von der Beschwerde über unheilbare Nullitäten.

§. 329.

Schon im Römischen Rechte sind gewisse Grundsätze in Ansehung des gerichtlichen Verfahrens und der richterlichen Entscheidung als so wesentlich anerkannt, daß, wenn einer derselben verletzt oder außer Acht gelassen worden war, das Urtheil nie zu Kräften kam, wenn auch wirklich die dadurch beschwerte Partei nicht dagegen appellirte. Erkenntnisse dieser Art heißen im Röm. Rechte sententiae, quae sine appellatione rescinduntur.

Dig. 49. 8.

Auch werden die Fälle, in welchen ein solches Urtheil ergangen war, durch die Worte bezeichnet: quando provocare non est necesse.

Cod. 7. 64.

In den deutschen Reichsgesetzen heißen aber solche Urtheile sententiae *nullae*, im Gegensatze zu sent. *iniquis* oder injustis, welche zwar auch eine Unrichtigkeit enthalten, aber doch rechtskräftig werden, wenn dagegen kein Rechtsmittel gebraucht wird. Die Fehler, wegen welcher nach Röm. Rechte eine sententia an sich schon ungültig seyn seyn sollte, sind in demselben speciell angeführt. Sie beziehen sich theils A) auf die Person des Richters, als: Mangel aller richterlichen Gewalt;

Fr. 81. D. 5. 1.

Unfähigkeit zur Ausübung des Richteramts;

Fr. 12. 2. D. 5. 1.

Incompetenz, welche durch Prorogation nicht gehoben ist, oder nicht gehoben werden kann;

Fr. 1. §. 2. D. 2. 2.
Fr. 170. D. 50. 17.
c. 1. sq. C. 7. 48.
c. 1. C. 3. 13.

eigenes Interesse bei der Sache;

Fr. 10. D. 2. 1.
c. un. C. 3. 5.

endlich Bestechung;

c. 7. C. 7. 64.

theils

B) auf die Person der streitenden Theile als:

Mangel der *legitimatio ad processum*, vorausgesetzt, daß auch keine ratihabitio mehr gehofft werden kann, indem ein gegen einen nicht bevollmächtigten Procurator erlassenes Urtheil in Beziehung auf den dominus ohne alle Kraft ist;

c. 24. C. 2. 13.
Vergl. Fr. 56. D. 5. 1.

Unfähigkeit vor Gericht zu handeln;

Fr. 9. D. 42. 1.

c. 6. C. 3. 1.

Mangel an gehörigem Beistande, oder gehöriger Vertretung bei solchen Personen, welche eines Tutors oder Curators bedürfen;

Fr. 45. §. 2. D. 42. 1.

c. 1. C. 3. 6.

c. 6. C. 7. 43.

c. 4. C. 2. 41.

vorausgesetzt, daß die Entscheidung zu ihrem Nachtheile ausgefallen ist:

Arg. c. 14. C. 2. 13.

Endlich war nach Röm. Rechte ein Urtheil auch ungültig, welches in Sachen einer bereits verstorbenen Partei erlassen wurde.

Fr. 74. §. 2. D. 5. 1.

Fr. 2. D. 49. 8.

C) Auf die Form des gerichtlichen Verfahrens.

c. 4. C. 7. 45.

In dieser Hinsicht ist ein Urtheil kraftlos, wenn es gegen einen Abwesenden ohne Beobachtung des gesetzlich angeordneten Contumacialverfahrens,

c. 7. C. 7. 43.

oder während der gesetzlichen Ferien in Abwesenheit einer Partei gefällt wurde;

Fr. 1. §. 1. D. 2. 12.

c. 4. C. 7. 43.

Vergl. auch c. 5. C. eod.

ferner, wenn es nicht schriftlich redigirt wurde.

c. 3. C. 7. 44.

D) Auf den Inhalt des Urtheils selbst.

Dahin gehört der Fall, wenn gegen ausdrückliche

Gesetze (contra juris rigorem, — contra juris manifesti formam, — contra sacras constitutiones),

Fr. 32. D. 42. 1.
Fr. 19. D. 49. 1.
Fr. 1. §. 2. D. 49. 8.
c. 2. C. 7. 64.

oder gegen ein in derselben Sache bereits ergangenes rechtskräftiges Urtheil,

Fr. 14. 42. 62. D. 42. 1.
c. 1. C. 7. 50.

oder auf etwas an sich Unmögliches erkannt wurde.

Fr. 3. D. 49. 8.
Vergl. noch: c. 3. 11. C. 7. 45.

S. über die einzelnen Nichtigkeitsgründe:

Goldschmidt, Abh. X.
Heffter, Inst. S. 249 flg.
Karl v. Röder, Beiträge zu der Lehre von den Nichtigkeiten, Bernburg, 1831, S. 26 flg.
Linde, in s. Zeitschrift Bd. XII. S. 8 flg. und im Hdb. Bd. V. S. 405 bis 447.
Fischer, die Lehre von den Nichtigkeiten der Civilurtheile. Prag, 1829.

Das canonische Recht änderte nichts an diesen Bestimmungen, sondern wiederholte vielmehr einige derselben ausdrücklich, z. B. in

c. 4. X. 1. 38.
c. 1. X. 2. 27.
c. 7. X. 2. 30.
c. 26. in 6. De R. J. Clem. 2. 2. 11.
v. Linde, Hdb. Bd. V. S. 447 bis 457.

Allein die älteren Praktiker vervielfältigten durch das Bestreben, alle Fälle erschöpfend anzugeben, in denen sich durch unmittelbare oder mittelbare Anwendung irgend

einer Stelle des Röm. oder canon. Rechts eine Nullität finden ließ, die Zahl der Nichtigkeits-Gründe so sehr, daß zuletzt die Gränzen zwischen einer sententia iniqua und sent. nulla schwankend und unsicher wurden.

Vergl. *Durand.* spec. lib. II. part. III. — Sentent. in jud. prolata quomodo impugnetur.

R. *Maranta* prax. IV. Judic. validum et invalid.

Vantius Tr. de null. Colon. Agrip. 1588. insbes. z. B. Tit. de null. ex def. proc. Nro. 129.

Dabei machten sie übrigens einen dem Röm. Rechte noch unbekannten, vielleicht durch Clem. Soepe. 5. 81. veranlaßten Unterschied zwischen Nullitäten ex jure naturali et gentium (defectus insanabiles) und ex jure positivo (def. sanab.), und zählten zu den ersteren vorzugsweise den def. jurisdictionis, inhabilitatis, mandati, citationis und processus substantialis.

Vant. I. c. Tit. ult. Nro. 125.

Cfr. Tit. de med. et ord. vid. proc. etc.

Gail, observ. I. obs. 75.

Vergl. darüber v. Linde, a. a. O. S. 457 bis 479.

Die Vermehrung der Nullitätsgründe hatte in der Praxis die nachtheiligsten Folgen. Denn 1) da es nun nicht schwer hielt, beinahe in jedem Processe eine Nichtigkeit aufzufinden, so wurde ein Erkenntniß, mit welchem eine Partei nicht zufrieden war, gewöhnlich von zwei Seiten angegriffen, mit der Appellation ob iniquitatem, und mit der Nichtigkeitsbeschwerde ob nullitatem, und diese zweifache Anfechtung konnte auch nacheinander geschehen. — War aber auch 2) die Appellation binnen der gesetzlichen Frist nicht interponirt worden, so blieb doch noch immer die Nullitätsquerel übrig, weil diese 30 Jahre lang statt fand; so daß vor dem Ablaufe dieser Zeit fast kein Urtheil gegen Anfechtung gesichert war. Diesem

Uebelstande suchten nun zwar die d. Reichsgesetze schon frühzeitig abzuhelfen. Allein die hiezu gewählten Mittel waren keineswegs geeignet, den beabsichtigten Zweck vollkommen zu erreichen. Alles nämlich, was vor dem J. R. A. in dieser Hinsicht geschehen war, bestand

1) in der Vorschrift, daß, wenn eine Partei zugleich über Iniquität und Nullität Beschwerde führen wollte, sie die beiden Klagen miteinander, alternative einbringen, — und daß sodann über beide Punkte in denselben Terminen verhandelt werden soll, um „den Verzug zweifächtiger Rechtfertigung abzuschneiden;"

2) in der weiteren Bestimmung, daß ungeachtet der angebrachten Nullitätsklage, und einer hierin nachgewiesenen Unförmlichkeit in dem Verfahren voriger Instanz dieses doch nicht immer cassirt, sondern mit Umgehung der Nullität in der Hauptsache selbst erkannt werden soll, insofern nicht etwa die Nullität von der Art wäre, daß dadurch der Partei in der Hauptsache ein unwiederbringlich Unrecht geschehe, — oder, daß dieselbe eine öffentliche Nichtigkeit wäre, welche in anderer Instanz nicht ratificirt werden möchte.

C. G. O. 1521. XXI. v. 1523. V. 5. u. 7. v. 1555. III. 34. §. 1—4. Conc. III. 40.

Durch diese Vorschriften wurde aber Niemand gehindert, lange nach dem Ablaufe der Appellationsfatalien noch aus irgend einem der in der Praxis angenommenen Gründe *principaliter* mit der Nullitätsquerel aufzutreten; der zweite, vorhin angeführte Uebelstand dauerte demnach immer noch fort.

Mynsinger Op. IV. 63. V. 91.

Erst in der Mitte des 17ten Jahrhunderts war man ernstlich darauf bedacht, demselben abzuhelfen. Auf dem

Frankfurter Deputationstage im Jahre 1544 stellte Bayern den Antrag, den Unterschied zwischen sent. nulla u. iniqua gänzlich aufzuheben, und zu verordnen, daß von jener sowohl, als von dieser intra decendium appellirt werden soll. — Ueber die damals gepflogenen Verhandlungen s. v. Linde Hdb. Bd. V. S. 497 flg. In dieser Allgemeinheit ging nun zwar der Antrag nicht durch; indessen bewirkte doch derselbe, daß nach wiederholten Berathungen folgende Stellen in den J. R. A. aufgenommen wurden:

§. 121: „Indeme auch von vielen Jahren hero, „mit vieler Zeitverlierung ohnnötiger Dingen vielfältig „disputirt worden, ob sententia nulla oder injusta sich „erhalte, und zwar darumb allein, daß a sententia nulla „in dreyssig Jahren die Klag prosequirt: a sententia ini„qua aber intra decendium appellirt werden kann und „solle: So solle zu Verhütung dergleichen ohnnötigen „Gezänks, in allen beeden Fällen das ist, a sententia „tam nulla, quam iniqua das Fatale interponendae ob„servirt; darüber auch hinfüro bey unserm Cammergericht „stet und festiglich gehalten werden."

§. 122. „Bey denjenigen Nullitäten aber, welche „insanabilem defectum, aus der Person des Richters, „oder der Parthey, oder aus den substantialibus des „processus nach sich führen, verbleibt es bey der Dis„position der gemeinen Rechten."

Vergl. v. Linde a. a. O. S. 505 flg.

Durch diese Bestimmung des J. R. A. ist nun zwar keineswegs der Unterschied zwischen sent. iniqua u. nulla dem Begriffe nach aufgehoben, allein es ist doch in der Regel der Gebrauch der Nullitätsquerel auf die Nothfrist von zehn Tagen beschränkt, und in so fern dieses Rechtsmittel der Appellation gleichgestellt worden. — Nur

in Ansehung der im §. 122 angeführten Nullitäten wurde ausnahmsweise das bisherige Recht, d. h. die dreißigjährige Frist zur Anstellung der Querel beibehalten. — Hiebei entsteht aber die Frage, welche Fehler unter den in diesem §. bezeichneten Nullitäten zu verstehen seyen? — Was die insan. defectus in der Person des Richters oder der Parteien betrifft, so ist die Beantwortung derselben freilich keiner Schwierigkeit unterworfen. Der ganzen Entwicklung zufolge können damit keine anderen Mängel gemeint seyn, als die, welche oben bei der Aufzählung der Nullitätsgründe des Römischen Rechts Lit. A. u. B. angeführt worden sind. Desto zweifelhafter ist dagegen, was unter den Nullitäten zu verstehen sey, welche insanabilem defectum aus den substantialibus des Processes nach sich führen. Es fragt sich nämlich 1) ob unter die substantialia des Processes bloß die äußeren Formen des gerichtlichen Verfahrens zu rechnen seyen, oder, ob auch die materielle Unrichtigkeit oder Gesetzwidrigkeit des Urtheils eine solche Nullität ex defectu subst. begründe? — ferner, 2) wenn man die erste Ansicht als die richtige gelten läßt, ob sodann die Vernachlässigung einer jeden, oder nur die Verletzung gewisser Formen eine Nullität bewirkt?

ad 1. Hinsichtlich der ersten Frage sind auch in der neuesten Zeit die Meinungen noch getheilt. — Einige dehnen den Begriff der Substantialien auch auf den Inhalt des Urtheils aus, und wenden daher den §. 122 des J. R. A. namentlich auch auf den Fall an, wenn coa. jus clarum in thesi oder gegen ein früheres rechtskräftiges Urtheil u. dgl. erkannt worden ist, sey es auch, daß in der Leitung des Verfahrens — quoad form. durchaus kein Versehen begangen worden wäre.

Gensler, Handb. S. 44. und im Archiv I. S. 364. not. **

Goldschmidt, Abs. S. 123.

Pütter, opusc. VIII. §. 32 sq. Decis. Hasso-Cassell. dec. 118. (t. IV.)

Andere beschränken den Begriff der Substantialien bloß auf die Formen des Verfahrens, z. B.

Mittermaier, der gem. deutsche Proc. III. Beitr. S. 94 flg.

v. Grolman, Theor. §. 218.

Thibaut, P. S. §. 1253.

Martin §. 294 u. 295.

Für die erste Ansicht scheint besonders der Umstand zu sprechen, daß nach dem juristischen Sprachgebrauche der vorhergehenden Zeit, welcher bei der Interpretation eines Gesetzes nicht außer Acht gelassen werden darf, unter den Substantialien des Processes auch ein gerechtes, d. h. den Acten und Gesetzen nicht offenbar widersprechendes Urtheil mit begriffen war;

S. z. B. *Vant.* l. c. Tit. De null. sent. ex defectu proc. Nro. 15 — 17.

H. Vultej. De jud. l. 4. c. 1. 1. Nr. 15.

und daß daher auch die Schriftsteller nach dem J. R. A. noch eine Nullität wegen des fehlerhaften Inhaltes des Urtheils anerkannten, z. B.

Lauterbach, coll. th. pr. l. 49. t. 8. §. 2.

Jac. Blumen, proc. cam. Tit. 56. §. 2 u. 3.

Wenn man jedoch erwägt,

a) daß der Sprachgebrauch, auf welchen man sich beruft, nicht durchgehends übereinstimmend war, wie Vantius a. a. O. §. 11 selbst bestätiget, und daß einige Rechtslehrer schon vor dem J. R. A. zwischen solchen Substantialien, welche sich auf den

ordo judicii, und solchen, die sich auf die *sententia* beziehen, einen Unterschied machten;

b) daß die Absicht des J. R. A., — wie sich theils aus den Worten des §. 121. selbst, theils aus den unmittelbar vorhergehenden Berathungen unwidersprechlich ergibt, —

S. v. Gönner, Hdb. III. 64. §. 4. flg.

dahin gerichtet war, den bis dahin mit der Nullitätsquerel getriebenen Unfug zu beschränken; mit dieser Absicht aber die ausdehnende Auslegung des Wortes, „Proceßsubstantialien" im Widerspruche steht, weil man dieser zufolge auch nach dem J. R. A. noch ob def. in persona judicis vel partium, ob inversum ord. proc. und ex neglectu meritorum causae, also aus denselben Gründen dreißig Jahre lang gegen ein Urtheil mit der Nullitätsquerel hätte auftreten können, wie vor dem J. R. A. (mit einziger Ausnahme des bisher auch anerkannten Nullitätsgrundes wegen Verletzung an sich nicht wesentlicher, sondern nur durch positive Gesetze eingeführter Formalitäten): so scheint doch die Auslegung den Vorzug zu verdienen, welche sich genau an den Wortsinn des §. 122 hält, und daher unter Substantialien des Processes nur die unentbehrlichen Formen des Verfahrens versteht. Zum Theile auf andere Art vertheidigen dieselbe Ansicht

Mittermaier, der gem. d. Pr. III. Beitr. S. 94 flg.
Linde, Lehr. §. 419. (2te Aufl.)

insbesondere dadurch, daß sie den Begriff der null. insan. des §. 122. des J. R. A. durch die frühere Verordnung der C. G. O. von 1555 p. III. Tit. 34. §. 1. u. 2. zu bestimmen suchen. Dagegen dürfte aber zu bedenken seyn,

a) daß sich der J. R. A. in diesem Punkte nirgendwo ausdrücklich auf jenes ältere Gesetz zurückbezieht;

b) daß die bei den Vorberathungen sowohl, als in dem Gesetze selbst gebrauchte Terminologie nicht mit der der C. G. O., sondern mit dem Sprachgebrauche der damaligen Praktiker übereinstimmt; endlich

c) daß unter den Nullitäten, welche nach der C. G. O. „in anderer Instanz ratificirt werden mögen," wohl nicht solche Fälle verstanden wurden, in welchen in höherer Instanz ein Versehen des Unterrichters durch eine abändernde Verfügung verbessert, sondern nur solche, in welchen der begangene Fehler, seiner Unerheblichkeit halber, gleichsam ignorirt werden konnte.

Vergl. ***Mynsinger***, obs. I. 27.
Gaill. obs. I. 75.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung ist demnach, daß von einem defectus in den Substantialien des Processes im Sinne des J. R. A. nur dann die Rede seyn kann, wenn eine der nothwendigen Formen des Verfahrens außer Acht gelassen, m. a. W. wenn in procedendo und nicht in judicando ein Fehler begangen wurde.

Von diesem Satze ist nur dann eine Ausnahme zu machen, wenn das Urtheil entweder etwas Unmögliches oder etwas Sinnloses befiehlt,

Fr. 3. D. 49. 8.

oder, wenn es gar keine bestimmte condemnatio enthält,

c. 3. et 4. C. 7. 46.,

in welchen Fällen aber ohnehin eine Vollstreckung nicht stattfinden kann.

Mittermaier, d. gem. d. Pr. Beitr. III. S. 98.

Daß aber ein Erkenntniß auch dann aus diesem Gesichtspunkt unheilbar nichtig seyn soll, wenn dasselbe mit einer frühern rechtskräftigen Entscheidung im Widerspruche steht, läßt sich ohne Inconsequenz nicht behaupten, insofern

man auch den Widerspruch gegen ein jus clarum in thesi nicht als einen unheilbaren Nichtigkeitsgrund gelten läßt.

Vgl. c. 1. C. 7. 64.

ad 2) Aber auch nicht jede Vernachlässigung der vorgeschriebenen Proceßformen ist als ein unheilbarer Mangel anzusehen, sondern nur die Vernachlässigung solcher Formen, ohne deren Beobachtung der Zweck des gerichtlichen Verfahrens schon nach der Natur der Sache nicht erreicht werden könnte. Die Außerachtlassung einer bloß auf positiver Vorschrift der Gesetze beruhenden, außerdem aber entbehrlichen Form begründet wohl eine heilbare, nicht aber eine unheilbare Nullität. — Die Rechtfertigung dieser Unterscheidung liegt in einem Conclusum des Fürstenraths vom April 1654, welches ausdrücklich die nullitates contra jus natur. laufend den nullitatibus juris positivi entgegensetzt, und nur bei jenen auch noch nach dem Ablaufe des Appellationsfatale eine Anfechtung gestattet. — In den J. R. A. ist zwar dieser Beschluß aus Versehen nicht aufgenommen worden, obwohl derselbe die kaiserliche Ratification erhalten hatte. Allein als eine Quelle für die Auslegung des J. R. A. kann derselbe doch unstreitig benützt werden.

S. v. Gönner, Hdb. III. Abh. 64. §. 4—7.

Vergl. jedoch v. Linde, Hdb. Bd. V. S. 523 not. 2.

Welche Formen übrigens zu den schon nach der Natur der Sache nothwendigen, welche nur zu den positiven zu zählen seyen, muß aus der Beschaffenheit der einzelnen processualischen Handlungen beurtheilt werden. — Vollständiges Gehör der Parteien gehört auf jeden Fall in die erste Classe. Nur ist freilich das Erforderniß des vollständigen Gehörs nicht so zu verstehen, daß die Partei, wider welche ein Antrag gerichtet ist, jederzeit bei Vermeidung einer unheilbaren Nullität darüber gehört werden müßte,

auch dann, wenn die Begründung des Antrages in thatsächlicher Beziehung nichts Neues, sondern nur rechtliche Ausführungen enthält.

Daß aber nur eine gänzliche Entziehung des rechtlichen Gehörs Nullität des Urtheils zur Folge haben soll, nicht auch eine bloße Verkürzung desselben bei einzelnen im Laufe des Processes vorkommenden Angriffen, selbst wenn eine Vertheidigung dagegen wesentlich nothwendig gewesen wäre, —

Blätter für Rechtsanwend. 1839. Nr. 3.

läßt sich nach gemeinem Rechte nicht annehmen. Dagegen die Beobachtung der Fristen und Termine ist zu den bloß positiv nothwendigen Formen zu rechnen. Auch der Gebrauch der Schrift gehört eigentlich nur hieher. Allein die mit der Vernachlässigung dieser Form in den älteren Gesetzen (s. oben S. 40) verbundene Folge der Ungültigkeit kann nicht als durch den J. R. A. aufgehoben betrachtet werden.

Vergl. Gensler, Hdb. S. 54 flg.
Ueberhaupt v. Linde, a. a. O. S. 524.

Von der Beschwerde über unheilbare Nullitäten insbesondere.

§. 330.

Das Römische Recht kannte kein eigenes Rechtsmittel gegen unheilbar nichtige Erkenntnisse, sondern der durch ein ungültiges Urtheil abgewiesene Kläger stellte dieselbe Klage neuerdings an, und opponirte der exceptio rei judicatae, — wenn ihm diese entgegengesetzt wurde, die *replica* nullitatis; — der durch ein ungültiges Urtheil condemnirte Beklagte aber schützte sich gegen die actio judicati mit der *exceptio* nullitatis.

Goldschmidt, Abh. X. §. 1.

Mittermaier, der gem. d. Pr. Beitr. III. S. 87.

In Deutschland sind zwar diese Grundsätze nie aufgehoben worden, und man kann daher die Beschwerde gegen ein unheilbar nichtiges Urtheil auch jetzt noch in der Form einer Einrede oder einer Replik geltend machen. Allein außerdem hat sich auch noch in der Praxis ein selbstständiges remedium nullitatis ausgebildet, mit dem die verletzte Partei selbst nach der Execution noch auf Cassirung des Urtheils antragen kann. (Querela null. insan.) Vergl. schon das canon. Recht (Clem. 1. [2. 11.] „ad agendum de nullitate"). Hinsichtlich dieses Rechtsmittels gelten nun folgende Grundsätze:

1) Die quer. null. insan. findet 30 Jahre lang statt. Das Röm. Recht weiß freilich von einer besonderen Frist zur Anfechtung ungültiger Urtheile nichts, und bei der Form, in welcher damals die Anfechtung geschah, war es auch nicht nöthig, hierüber eine eigene Bestimmung zu geben. — Auch ist nicht zu läugnen, daß die unbedingte Gestattung einer dreißigjährigen Frist mit den Grundsätzen über die Extinctivverjährung oft in Widerspruch geräth.

Almendingen, Metaphys. des Civilpr. S. 313 flg.

Allein schon die alten Praktiker betrachteten das principaliter angestellte remedium null. als eine imploratio judicis, oder als eine selbstständige actio, und wandten daher die Regel über Verjährung der Klagen darauf an.

Durand, specul. II. 3. Sententia in jud. prol. quom. imp. Nro. 30.

Vantius de null.— Quoties et intra quod *temp.* Nro. 8.

Gaill. obs. I. 127.

Ueber die Darstellung von Almendingen s. v. Linde im Hdb. Bd. V. S. 539.

2) Auf das Daseyn der Appellationssumme wird in der Praxis gewöhnlich keine Rücksicht genommen, obwohl die höchsten Reichsgerichte in Ermanglung dieser Summe auch eine Nullitätsbeschwerde nicht annahmen.

R. A. 1570. §. 69.
Conc. II. 31. §. 5.
v. Gönner, Erört. Nr. 27.
Gensler, Com. II. S. 166.
v. Linde, Hdb. Bd. V. S. 533.

Sollte jedoch in einem Lande dieses Erforderniß bestehen, so müßte der Partei wenigstens der Gebrauch eines Suspensivmittels gestattet werden.

3) Da die Rechtskraft im gewöhnlichen Sinne dem Gebrauche der querel. null. insan. überhaupt nicht im Wege steht, so kann dieses Rechtsmittel auch dann noch angestellt werden, wenn wirklich schon drei gleichlautende Erkenntnisse vorhanden sind. — Nur dürfen

a) diese drei Erkenntnisse nicht die Frage über die Nullität eines vorausgehenden Urtheils selbst betreffen, und
b) der Querulant muß dem anzufechtenden Urtheile in der Hauptsache Folge leisten, bevor er mit der Nullitätsbeschwerde gehört wird.

Cl. 1. 2. 11.

4) Insofern eine unheilbare Nichtigkeit aus dem Mangel einer unerläßlichen Form der bisherigen Proceßinstruction abgeleitet wird, kann begreiflich von einer Rechtfertigung der Beschwerde durch nova nicht die Rede seyn. Allerdings ist aber eine solche möglich, wenn ein defectus insan. in persona part. oder judicis behauptet wird. Nur finden hier die Beschränkungen nicht statt, welche bei der Appellation ex cap. novorum vorkommen.

5) Den Suspensiveffect hat dieses außerordentliche Rechtsmittel in der Regel nicht. — Nur dann ist eine

Ausnahme zu machen, wenn entweder der Nullitätsgrund in der Form eines ordentlichen Rechtsmittels ausgeführt, und dieses innerhalb des 10tägigen Fatals interponirt wird; — oder wenn der Verletzte dem Executionsantrage seines Gegners die exceptio nullitatis entgegensetzt, und diese Einrede sogleich beweist.

Gensler, Comm. II. S. 168.

Was aber

6) den Devolutiveffect betrifft, so ist wohl kaum zu läugnen, daß die Beschwerde über unheilbare Nichtigkeiten denselben haben könne, d. h. daß dieselbe auch bei dem höheren Richter angebracht werden dürfe; denn dafür spricht nicht nur das den höheren Instanzen zustehende Oberaufsichtsrecht über die Justizadministration der Untergerichte, sondern auch das Verfahren bei den höchsten Reichsgerichten. Allein nothwendig ist doch hier diese Wirkung nicht, wie bei der Appellation, sondern, weil eine sententia nulla auch den erkennenden Richter nicht bindet, so kann die Beschwerde auch bei diesem angebracht werden.

v. Almendingen, a. a. O. S. 316 flg.

Heffter, Inst. S. 517 Nro. 10.

Vgl. Dr. L. Herquet, die Nichtigkeitsklage in bürgl. Rechtsstreit. Fulda 1838.

A. M. ist v. Linde, Hdb. Bd. V. S. 542 flg.

7) Der Erfolg der wirklich durchgesetzten Beschwerde hängt von der Beschaffenheit der begangenen Nullität ab. Ist nämlich eine solche Handlung unterlassen worden, ohne welche kein Theil des Verfahrens gültig bestehen kann, so wird nicht bloß das Urtheil, sondern der ganze Proceß cassirt. Ist aber der Mangel nicht von so durch-

greifender Wirkung, so wird nur Dasjenige für ungültig erklärt, was durch die begangene Nullität afficirt wurde.

Von der Beschwerde über heilbare Nichtigkeiten.

§. 331.

Dieses Rechtsmittel findet dann statt, wenn zwar eine Nullität im älteren Sinne, — vor dem J. R. A. — vorliegt, aber keine solche, die unter den §. 122. dieses Gesetzes subsumirt werden könnte; also namentlich,

a) wenn coa. jus clarum in thesi gesprochen, oder

b) wenn zwar eine durch positive Gesetze vorgeschriebene, aber doch nach der Natur der Sache nicht unerläßliche Form des Verfahrens verletzt worden ist.

Die näheren Bestimmungen über den Gebrauch dieses Rechtsmittels sind folgende:

1) Dasselbe muß gleich den übrigen ordentlichen Rechtsmitteln binnen der 10tägigen Frist interponirt werden,

J. R. A. §. 121,

und hat, wie diese, den Suspensiveffect.

2) Es unterscheidet sich aber von der Appellation dadurch, daß es nur aus den bisherigen Acten, nicht auch durch nova gerechtfertiget werden kann; — daß auf das Vorhandenseyn der Appellationssumme keine Rücksicht genommen wird, und endlich, daß der Devolutiveffect nicht nothwendig eintritt, wie bei der Appellation, obwohl in Ansehung des letzten Punktes die Meinungen verschieden sind.

Vergl. Heffter, Inst. S. 518 Nro. 12.
Gensler, Comm. II. S. 164.

v. Gönner, Hdb. III. 65.

v. Linde, Hdb. Bd. V. S. 542 flg.

Daß die Beschwerde wegen heilbarer Nullitäten als ordentliches Rechtsmittel neben der Appellation gar nicht mehr bestehen soll,

Francke, im Arch. f. c. Pr. XIX. S. 335 flg.

läßt sich nicht mit hinreichendem Grunde behaupten.

Von dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§. 332.

Wenn ein Urtheil mit keiner unheilbaren Nichtigkeit behaftet, und auch das Fatale zur Interposition ordentlicher Rechtsmittel bereits unbenutzt verstrichen ist, so könnte nach der Strenge des Rechts eigentlich nichts mehr dagegen unternommen werden, selbst dann nicht, wenn dasselbe auf einer unrichtigen Ansicht des Streitverhältnisses beruhte, und daher eine materielle Rechtsverletzung für eine Partei enthielte. — Weil jedoch die strenge Durchführung dieses Grundsatzes in manchen Fällen zu sehr gegen die aequitas verstoßen würde, so läßt das gemeine Recht aus besonderen Gründen eine Ausnahme zu, d. h. es gestattet zuweilen die Wiederaufhebung eines an sich gültigen und bereits rechtskräftig gewordenen Urtheils bloß aus Rücksicht auf die aequitas. Die Voraussetzungen, unter welchen dieses Rechtsmittel gebraucht werden kann, sind im Allgemeinen dieselben, wie bei der R. i. i. gegen andere Rechtsgeschäfte.

Es muß also a) eine *laesio*, und b) eine *justa causa rest.* vorhanden und c) das Erkenntniß darf nicht etwa

ohnehin schon unheilbar nichtig seyn. Eine Läsion ist aber hier keineswegs schon bloß um deßwillen anzunehmen, weil das Urtheil ungünstig ausgefallen ist, sondern dazu wird auch noch vorausgesetzt, daß man zeigen kann, es hätte ein günstigeres Urtheil erfolgen sollen, oder bewirkt werden können, m. a. W. der Implorant muß zeigen können entweder, daß von seiner Seite Etwas versäumt oder außer Acht gelassen wurde, oder, daß wenigstens der Richter unrichtig geurtheilt hat. Denn läßt sich weder Dieses noch Jenes nachweisen, so würde die R. i. i. zwecklos seyn, weil zuletzt doch in der Hauptsache wieder dasselbe Urtheil gefällt werden müßte.

Vergl. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Gött. 1831. S. 56 flg.

Was aber die caus. rest. betrifft, so sind diese hier mehr beschränkt, als in anderen Fällen. Insbesondere das Römische Recht legt der res judicata einen solchen Werth bei, daß es die Wiedereinsetzung gegen ein rechtskräftiges Urtheil in der Regel nicht gestattet,

c. 4. C. 7. 52.

fr. 35. D. 42. 1.

c. 2 et 3. C. 7. 50.

und nur in folgenden Fällen eine Ausnahme zuläßt:

a) wenn gegen einen Minderjährigen erkannt wurde, vorausgesetzt, daß er von seinem Vormunde gehörig vertreten war; denn war er dieß nicht, so ist das Urtheil ohnehin nichtig und es bedarf der Restitution nicht.

Fr. 9. pr., Fr. 29. §. 1., Fr. 42. D. 4. 4.

c. 1. 2. 4. 5. C. 2. 27.

Ueber die näheren Bestimmungen hinsichtlich dieses Falles s. v. Linde Hdb. Bd. V. S. 687 flg.

b) Bei condemnatorischen Urtheilen gegen Abwesende.

Nur muß

aa) die Abwesenheit durch hinreichende Gründe, z. B. durch öffentliche Geschäfte (abs. reipubl. causa) u. dgl. entschuldiget werden können;

c. 1 u. 2. C. 2. 54.

bb) der Abwesende muß gehörig geladen worden seyn, denn sonst ist das Urtheil ohnedieß nichtig; und

cc) wenn ein absens reipubl. causa durch einen Procurator vertheidiget wurde, so soll die Restitution nur insofern ertheilt werden, daß der Condemnirte noch die Appellation nachholen darf.

Fr. 8. D. 4. 1.

Das Nähere hierüber v. Linde a. a. O. S. 689.

c) Wenn der Verurtheilte beweisen kann, daß das Urtheil auf die Aussage bestochener Zeugen, oder auf verfälschte Urkunden gebaut wurde.

Fr. 33. D. 42. 1.

c. 3 et 4. C. 7. 58.

v. Linde, a. a. O. S. 683 flg.

d) Wenn das Erkenntniß in Folge eines von dem Richter aufgelegten Eides gefällt wurde, und der Besiegte nachher neue Beweismittel entdeckt, durch welche er, wenn er sie früher schon gekannt hätte, ein günstiges Urtheil hätte bewirken können.

Fr. 31. D. 12. 2.

Vgl. v. Linde a. a. O. S. 696.

Abgesehen von diesem speciellen Falle wurde aber wegen neuaufgefundener Beweismittel nicht leicht coa. rem judicatam in int. restituirt.

c. 4. C. 7. 52.

Cfr. Fr. 35. D. 42. 1.

Bloß wegen Irrthum konnte ein rechtskräftiges Urtheil nicht angefochten werden.

c. 7. C. 1. 18.

v. Linde, a. a. O. S. 692 not. 10.

Das canonische Recht hat an diesen Bestimmungen des Römischen im Wesentlichen nichts geändert. Insbesondere ist der Grundsatz, daß die Entdeckung neuer Beweismittel zur Begründung eines Restitutionsgesuches in der Regel nicht hinreiche, ausdrücklich wiederholt.

c. 20. X. 2. 27.

Nur ist das benef. restit. der Minderjährigen auch auf Kirchen und fromme Stiftungen ausgedehnt worden.

c. 1. 3. 7. X. 1. 41.

v. Linde, S. 701 flg.

Erst durch deutsche Praxis und Gesetze ist die Anwendbarkeit dieses Rechtsmittels in der Art erweitert worden, daß man dasselbe allgemein auch ohne einen andern Restitutionsgrund bloß ex capite novorum allein zuläßt.

R. A. v. 1533. §. 5.

C. G. O. 1555. p. III. tit. 52. D. A. 1600. §. 138.

Gem. Beschw. v. 7ten Jul. 1669 u. v. 7ten Jul. 1671.
S. hierüber v. Riedesel Vorträge an den voll. Rath des C. G. Jen. 1791. S. 106 flg.

Vergl. H. A. Moritz, über das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Landshut 1816.

v. Linde, a. a. O. S. 705 flg.

Die neuen Behauptungen, auf welche sich der Implorant stützt, müssen jedoch relevante nova in facto seyn, dürfen nicht etwa die Grundlage eines von dem bisherigen wesentlich verschiedenen Rechtsstreites enthalten, und der Implorant muß eidlich versichern, „daß er von dem

neuen Einbringen vorher keine Wissenschaft gehabt, oder selbiges zu der Sache dienlich zu seyn nicht vermeint habe."

Gem. Besch. v. 7. Jul. 1669 und 7. Jul. 1671.

v. Gönner, Hdb. III. Abh. 66. §. 9—17.

Uebrigens gelten in Ansehung dieses Rechtsmittels folgende Grundsätze:

I. Rücksichtlich der Frist, binnen welcher dasselbe angestellt werden muß, ist zu unterscheiden zwischen dem Falle, wenn wegen verfälschter Beweismittel, — und dem, wenn aus anderen Gründen Restitution gesucht wird. In dem letzten Falle ist nach Justin. Rechte, insbesondere nach c. 7. C. 2. 53. das Gesuch binnen vier Jahren anzubringen, eine Bestimmung, welche der deutschen Praxis zufolge auch bei der rest. ex capite novorum beobachtet wird. Der Zeitpunkt, in dem dieses quadriennium zu laufen anfängt, ist bei Minderjährigen der des Eintrittes der Großjährigkeit (c. 7. C. cit. und bezüglich der Kirchen und frommen Stiftungen Clem. un. 1. 11. und c. 1. u. 2. in 6to 1. 21.); bei Abwesenden und Verhinderten der, in welchem das Hinderniß wegfällt und der Verletzte in den Stand gesetzt ist, von dem Rechtsmittel Gebrauch zu machen.

Vgl. darüber: G. C. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831. S. 499 flg.

Ueber die Berechnung des Laufes dieser Frist bei der rest. ex cap. novor. sind die Meinungen getheilt. Einige nehmen an, daß hier das quadriennium jedesmal von der Zeit der eingetretenen Rechtskraft des Urtheils zu laufen anfange; andere berechnen die Frist als von dem Tage der Entdeckung der nova anfangend. Eine dritte Meinung endlich unterscheidet, ob das novum erst nach

dem Ablaufe von vier Jahren post rem judicatam entdeckt wurde, oder schon früher. In dem letzten Falle soll der Verletzte noch innerhalb dieses quadrienn. das Restitutionsgesuch anzubringen haben; in dem ersten aber soll die Frist erst vom Zeitpunkte der Entdeckung an laufen.

S. Riedesel, a. a. O. S. 94 flg.

Von diesen Meinungen dürfte die zweite der Analogie des Röm. Rechtes am meisten entsprechen, folglich das quadrienn. jedesmal a die noviter repert. zu berechnen seyn, so daß der Moment der eintretenden Rechtskraft nur dann als der Anfangspunkt des Laufes der Frist anzusehen wäre, wenn der Implorant die neuen Behelfe schon während der bisherigen Verhandlungen kannte, und nur eidlich betheuern kann, daß er es nicht für nöthig hielt, sich früher darauf zu berufen.

S. Gensler, Comm. II. S. 188 not. 2.
v. Linde, Hdb. Bd. V. S. 729.

Die Vorschrift der c. 7. C. 2. 53., daß binnen vier Jahren nicht nur das Restitutionsgesuch angebracht, sondern auch entschieden werden soll, wird jetzt nicht mehr beobachtet.

Kann dagegen ein Erkenntniß wegen verfälschter Beweismittel angegriffen werden, so soll nach canonischem Rechte hiezu ein Zeitraum von 20 Jahren offen stehen.

c. 6. X. 2. 25.
Cfr. c. 12. C. 9. 22.

Gewöhnlich wird jedoch in diesem Falle eine dreißigjährige Frist angenommen, entweder, weil man diese Restitution nicht für ein prätorisches, sondern für ein civilrechtliches Remedium hält,

Gensler, Comm. II. S. 172. Nro. 1.

oder weil man ein solches Urtheil als unheilbar nichtig betrachtet, also die Grundsätze der Nullitätsquerel darauf anwendet.

Heffter, Inst. S. 503.

II. Die R. i. i. kann gegen dasselbe Urtheil auch öfter als einmal gesucht werden, wenn nur jedesmal eine andere causa restit. zu Grunde gelegt wird.

c. 2. u. 3. C. 2. 44.

c. 10. X. 1. 41.

III. Gegen das Erkenntniß im Restitutionsprocesse selbst sind alle gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig, z. B. Appellation, Revision u. dgl.

c. 1. C. 2. 44.

Ja sogar ein Restitutionsgesuch ist wieder dagegen möglich.

IV. Was den Suspensiveffect betrifft, so gilt zwar im Allgemeinen die Regel, daß die bloße Möglichkeit, noch Restitution suchen zu können, die Vollstreckung des Urtheils nicht hindert, d. h. daß der Sieger auf Execution dringen kann, sobald das Erkenntniß der Zeit nach rechtskräftig geworden ist, ohne Rücksicht darauf nehmen zu müssen, daß der Gegner noch um Restitution dagegen bitten könnte. Wenn jedoch der verletzte Theil mit dem Restitutionsgesuche dem wirklichen Vollzuge noch zuvorkommt, so wird dadurch allerdings die Execution gehemmt, und insofern kann man diesem außerordentlichen Rechtsmittel auch den Suspensiveffect zuschreiben.

c. un. C. 2. 50.

Nur dann ist eine Ausnahme zu machen, wenn der Richter Gründe hat, zu vermuthen, daß es von Seite des Imploranten nur auf eine Verzögerung der Sache abgesehen sey, in welchem Falle er, wenigstens nach vor-

läufiger Cautionsleistung des Siegers, ungeachtet des Restitutionsgesuches mit der Execution fortfahren darf.

c. 6. X. 1. 41.

Dagegen

V. den Devolutiveffect hat dieses Rechtsmittel nicht, sondern es wird bei demjenigen Richter angebracht, von welchem das Erkenntniß ausgegangen ist, wogegen man i. i. restituirt werden will.

Vergl. jedoch hierüber:

Burchardi, a. a. O. S. 548 flg.

Heffter, Syst. S. 572. II.

VI. Dringt der Implorant mit dem Restitutionsgesuche durch, so wird das vorige Erkenntniß auf jeden Fall rescindirt. Zugleich soll aber auch das neue Urtheil in der Hauptsache damit verbunden werden.

Mittermaier, der g. d. Pr. Beitr. III. S. 86. a. E.

Burchardi, S. 490. flg.

Ueber die rest. in integr. contra lapsum term. fatal. s. praejudic., welche ungleich leichter ertheilt zu werden pflegt, als die Restitution gegen ein rechtskräftiges Urtheil, s. Fr. 50. D. 4. 4.

Fr. 26. §. 7. und 8. D. 4. 6.

Clem. un. 1. 11.

R. D. A. 1600. §. 86.

Concept. Thl. III. 62. §. 3.

Vergl. meine Theorie des Concurspr. §. 57. not. 3.

Von der Execution oder Hülfsvollstreckung.

§. 333.

Wenn das Urtheil rechtskräftig geworden ist, und der Condemnirte demselben nicht freiwillig Folge leistet, so kann der Sieger auf die Einleitung eines gerichtlichen Zwangverfahrens gegen denselben antragen, und dieses nennt man Execution oder Hülfsvollstreckung. — Nicht zu verwechseln ist daher der Executionsproceß mit dem Executivprocesse, — einer summarischen Verfahrungsart, welche keineswegs schon ein rechtskräftiges Urtheil gegen den Beklagten voraussetzt. Die Zwangsmittel, deren man sich gegen den Verurtheilten bedienen kann, sind verschieden, je nach der Beschaffenheit des Gegenstandes der Verurtheilung. Die möglichen Fälle sind hier folgende:

A. Jemand ist zur Bezahlung einer Geldschuld verurtheilt worden.

§. 334.

In diesem Falle sind nach Röm. Rechte zweierlei Arten der Execution zulässig, an der Person des verurtheilten Schuldners, und an dem Vermögen desselben. Die Execution an der Person war in der ältesten Zeit sehr strenge. Wenn der judicatus binnen der gesetzlichen Frist den Gläubiger nicht befriedigte, so fand die manus injectio statt, und der Gläubiger war nicht nur berechtigt, denselben in ein Privatgefängniß abzuführen und zu fesseln (ducere et vincire), sondern ihn sogar nach vorgängiger addictio in auswärtige servitus zu verkaufen.

Gell. noct. Att. l. 20. c. 1.
Hugo, Gesch. des R. R. S. 309. (10. Aufl.)

Diese Strenge wurde zwar durch die lex Petillia Papiria gemildert, aber keineswegs gänzlich aufgehoben. Denn das duci jubere, so wie der debitor addictus, adjudicatus kommt noch viel später vor.

Lex de Gall. cisalp. c. 21.

Gell. XX. 1.

S. noch Fr. 34. D. 42. 1. Fr. 23. pr. D. 4. 6.

Unter den spätern Kaisern verlor sich aber der Gebrauch der addictio, und das Abführen des Verurtheilten in Privathaft, und an die Stelle derselben trat, wenigstens bei Schuldnern des Fiscus, — vielleicht auch bei anderen ein öffentliches Schuldgefängniß.

Fr. 9. §. fin. D. 48. 13.

c. 1. C. 7. 71.

c. 2. C. 10. 19.

v. Savigny, über das altrömische Schuldrecht. Berlin 1834.

Keller, der Röm. Civilproc. II. §. 83.

In Deutschland ist die Execution an der Person, — abgesehen von Wechselschulden, — jetzt nicht mehr allgemein gebräuchlich, obwohl sie in älterer Zeit allerdings statt gefunden hatte (das Uebergeben zu Hand und Halfter).

Eichhorn, D. St. und R. G. III. §. 377.

Mittermaier, der g. d. Pr. Beitr. III. S. 121. und Derselbe im Arch. für civ. Pr. Bd. XIV. S. 110 flg. und S. 248 flg.

Wahrscheinlich hat das canon. Recht c. 2. X. 3. 21. zur Verdrängung der alten Sitte beigetragen.

Dagegen kommt aber zuweilen die Einlegung der Wache oder eines Gerichtsdieners, welchem täglich bis zur Bezahlung der Schuld gewisse Diäten zu entrichten sind,

vor, zumal in solchen Fällen, in welchen es dem Schuldner nicht am Vermögen, sondern nur am guten Willen fehlt.

Die älteste Art der Execution an dem Vermögen des Schuldners war die *pignoris capio*, — das Pfänden. Anfangs geschah diese Handlung nicht durch die Obrigkeit, sondern durch den Gläubiger selbst, war aber freilich auch nur in gewissen Fällen gestattet, und setzte nicht einmal eine Verurtheilung des Schuldners voraus.

Gaj. IV. §. 26. sq.

Hugo, R. R. G. S. 279.

Des letzten Umstandes wegen war sie vielmehr eine erlaubte Selbsthülfe, als eine Execution im eigentlichen Sinne. Allein in der Folge wurde sie von der Obrigkeit verfügt, wenn der verurtheilte Schuldner dem Urtheile nicht Folge leistete, und bildete nun das gewöhnliche Zwangsmittel zur Beitreibung von Geldschulden. (Pignus in causa judicati captum.)

Fr. 31. D. 42. 1.

Fr. 50. 74. §. 1. D. 21. 2.

c. 2. C. 8. 23.

Heffter, Inst. S. 549.

Gegenstand der pignorum capio konnten sowohl Baarschaften und Mobilien, als unbewegliche Güter, ja auch Rechte und ausstehende Activforderungen des Schuldners seyn.

Fr. 15. §. 2. sq. D. 42. 1.

Dabei mußte, wenigstens bei der Execution gegen großjährige Schuldner, die Ordnung beobachtet werden, daß man zuvörderst die Mobilien, erst in deren Ermanglung die Immobilien, — Rechte und Forderungen aber ganz zuletzt angriff.

Fr. 15. §. 2. D. eod.

Bei Minderjährigen war dagegen die Auspfändung an Immobilien das letzte Mittel.

Fr. 5. §. 9. D. 27. 9.

Acker- und Wirthschaftsgeräthe, so wie das zum Ackerbaue bestimmte Vieh mußten geschont werden.

c. 7. u. 8. C. 8. 17.

Die wirklich geschehene Auspfändung gewährte übrigens dem Gläubiger den Vortheil, daß er an den Sachen ein Pfandrecht erhielt, welche dem Schuldner abgenommen worden waren, oder in Ansehung welcher der Gläubiger eine Immission erwirkt hatte.

Fr. 26. §. 1. D. 13. 7.

c. 1. C. 8. 23.

c. 3. C. 8. 18.

Im Wesentlichen werden nun diese Grundsätze des Röm. Rechts auch jetzt noch beobachtet. Nur pflegt man auch bei großjährigen Schuldnern die Beschlagnahme von Activforderungen der Subhastation von Immobilien vorangehen zu lassen; — und, was das Röm. Recht in Bezug auf Schonung der Ackergeräthe verordnet, wird auch auf solche Geräthschaften ausgedehnt, welche zur Ausübung des Gewerbes gehören, wodurch der Schuldner seinen Unterhalt erwirbt, — wenigstens insofern, daß diese als der letzte Gegenstand der Execution betrachtet werden.

Das Verfahren ist folgendes:

I. Zur Realisirung der Auspfändung an beweglichen Sachen wird einem Gerichtsdiener der Auftrag ertheilt, dem Schuldner so viel von den entbehrlichen Mobilien wegzunehmen, als zur Befriedigung des Gläubigers nothwendig zu seyn scheint. Diese Mobilien werden genau verzeichnet, abgeschätzt und in gerichtliche Verwahrung gebracht. Von dem Zeitpunkte der geschehenen Aus-

pfändung an gerechnet erhält nun der Schuldner noch eine zweimonatliche Zahlungsfrist, und erst nach dem fruchtlosen Verlaufe derselben schreitet das Gericht zu dem Verkaufe.

Fr. 31. D. 42. 1.

c. 2. u. 3. C. 8. 23.

Der Verkauf geschieht heutzutage auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung an den Meistbietenden, und dabei sind, sowohl was die Bekanntmachung des Licitationstermines, als auch den Zuschlag, das Recht des Gläubigers mitzubieten, und das Verfahren, wenn kein Käufer sich meldet, betrifft, gewiß dieselben Grundsätze als gültig und anwendbar zu betrachten, welche nachher bei der Subhastation von Immobilien vorkommen werden; obwohl nicht zu läugnen ist, daß man in der Praxis bei dem Verkaufe beweglicher Pfänder, zumal von geringerem Werthe, weniger Umstände macht.

Sollten sich keine zureichenden Mobilien bei dem Schuldner finden, so wird der Gläubiger aufgefordert, selbst ein Executionsobject in Vorschlag zu bringen, und hiebei gestattet man demselben, auf den Manifestations-Eid anzutragen, obwohl dieser Eid als eine eigene, für sich bestehende species jur. in Bezug auf den gegenwärtigen Fall weder im Röm. noch im canon. Rechte begründet ist.

Vergl. c. 22. §. 10. C. 6. 30.

II. Die Execution an dem unbeweglichen Vermögen beginnt damit, daß der Gläubiger bestimmte Immobilien in Vorschlag bringt, und auf deren Veräußerung anträgt. Bis zur wirklichen Veräußerung kann er auch um die Immission nachsuchen, welche wenigstens für chirographarische Gläubiger von Nutzen ist, weil sie dadurch ein Pfandrecht erhalten. Die Immission zu dem Zwecke,

um sich aus den Früchten und Nutzungen des Gutes bezahlt zu machen, kommt seltener vor, und ist auch wegen der dabei nothwendigen Berechnungen weniger empfehlenswerth.

S. Claproth, Einleitung in den ord Pr. II. §. 412.
Vergl. Cod. jud. bav. cap. 18. §. 6.

Der Verkauf der Immobilien geschieht unter obrigkeitlicher Autorität, und zwar auf folgende Art:

Zuerst sollen die zu veräußernden Realitäten nach allen für einen Käufer wichtigen und erheblichen Beziehungen beschrieben und gerichtlich abgeschätzt werden.

Hierauf erfolgt die öffentliche Feilbietung derselben durch Anschlag an den Gerichtsthüren, Einrückung in öffentliche Blätter u. dgl., und zugleich wird ein Subhastationstermin festgesetzt, auf welchen die Kauflustigen eingeladen werden. Von dieser Verfügung ist nothwendig auch der Schuldner in Kenntniß zu setzen,

Arg. c. 4. C. 8. 28.
Wernher, obs. III. 132.

welcher bis zum Verkaufe das Pfand durch baare Bezahlung der Schuld in Haupt- und Nebensache noch einlösen kann. Wenn auf dem Gute Hypotheken ruhen, so soll auch den Hypothekargläubigern davon Nachricht gegeben werden, welche zwar die Veräußerung nicht hindern, aber doch, — wenn sie ein stärkeres Recht haben, als der bisherige Gläubiger, — vor diesem ihre Befriedigung aus dem Kaufgelde fordern können.

Fr. 15. §. 5. D. 42. 1.
Vergl. c. 6. u. 8. C. 8. 26.

In dem Subhastationstermine selbst kommt es darauf an, ob sich Kaufsliebhaber melden, oder nicht.

In dem ersten Falle werden die einzelnen Angebote zu Protokoll verzeichnet, und, wenn die durch Gesetz oder

Herkommen festgesetzte Zeit abgelaufen ist (z. B. bei einem bestimmten Glockenschlage), die Sache Demjenigen zugeschlagen, der bis dahin das höchste Angebot gemacht hat, vorausgesetzt, daß dieses Meistgebot wenigstens den Schätzungswerth der Sache erreicht.

Arg. c. 16. C. 4. 44.

v. Grolman, Magazin Bd. IV. Abh. 19. Nr. 7.

Widrigenfalls kann der Zuschlag nur mit beiderseitiger Einwilligung des Gläubigers und des Schuldners erfolgen. Verweigert einer von Beiden seine Zustimmung, so ist eben so zu verfahren, als wenn gar kein Käufer erschienen wäre.

Als perfect wird übrigens der Verkauf erst nach dem förmlichen Zuschlage betrachtet. Bis dahin kann also der Schuldner noch immer das Einlösungsrecht ausüben, und eben so kann auch der Meistbietende zurücktreten.

Gensler, Comm. II. S. 112.

v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civilr. 3te Aufl. I. S. 535.

Erscheint gar kein, oder doch kein annehmbarer Käufer, so wird gewöhnlich auf Ansetzung eines zweiten, und wenn auch dieser ohne Erfolg bleibt, eines dritten Subhastationstermins angetragen. Wie es zu halten ist, wenn auch in dem dritten Termine der beabsichtigte Zweck nicht erreicht werden kann, darüber kommen zwar im Röm. Rechte mehrere Bestimmungen vor;

Fr. 15. §. 3. D. 42. 1.

c. 2. u. 3. C. 8. 23.

allein über die Auslegung dieser Stellen ist man nicht einig.

S. u. A. Westphal v. Pfdr. 3te Ausg. §. 194 not. 214.

Heffter, Inst. S. 553.

Eine Vergleichung derselben führt zu folgendem Resultate:

Der Gläubiger hat in dem vorausgesetzten Falle die Wahl zwischen folgenden zwei Auswegen:

a) er kann selbst zur Licitation zugelassen zu werden verlangen, und ein Angebot auf die Sache machen,
c. 2. C. 8. 23.

oder

b) er kann sich auctoritate principis das Eigenthum der zu veräußernden Objecte an Zahlungsstatt zuschlagen lassen.
Fr. 15. §. 3. D. 42 1. verb. mit c. 3. C. 8. 23.

In dem ersten Falle wird er wie ein anderer Käufer behandelt (cujuslibet alterius vice emere debet), weßhalb man annehmen darf, daß auch hier der Richter den Zuschlag nicht bewilligen muß, wenn ihm das Angebot zu unbillig scheint; — so wie, daß dem Gläubiger der Rest seiner Forderung unbenommen bleibt, wenn sein Angebot dem Betrage derselben nicht gleich kommt.

In dem zweiten Falle dagegen muß er sich mit der ihm zugesprochenen Sache für seine ganze Forderung begnügen, gesetzt auch, daß sich diese höher beliefe, als der Werth des addicirten Objectes.

Fr. 15. §. 3. D. 42. 1.

Der jetzige Gerichtsgebrauch scheint sich übrigens dafür entschieden zu haben, daß in Ermanglung eines annehmbaren Käufers die Sachen dem Gläubiger auf Verlangen nach dem Schätzungspreise zugeschlagen werden, wozu vielleicht die analoge Anwendung der Justinianischen Vorschrift über die impetratio dominii beim außergerichtlichen Verkaufe eines Pfandes (c. 3. §. 4. C. 8. 34.), so wie über die datio in solutum (Nov. 4. c. 3.) beigetragen hat. — Auch wird auf das Erforderniß der landesherrlichen Bestätigung heutzutage häufig keine Rücksicht mehr genommen.

v. Glück, Comm. XIX. S. 408.

Ist in Bezug auf einen annehmbaren Käufer der Zuschlag erfolgt, so wird diesem zum Erlage des Kaufgeldes bei Gericht eine Frist ertheilt, der Gläubiger mit diesem Gelde befriediget, und der etwa bleibende Ueberschuß dem Schuldner herausgegeben. Zugleich erhält jetzt der Käufer den Adjudicationsbrief.

Sollte sich der Käufer in der Bezahlung des Geldes säumig finden lassen, so kann auf seine Gefahr und Kosten eine neue Licitation angeordnet werden.

Fr. 15. §. 7. D. 42. 1.

III. Die Execution an ausstehenden Activforderungen des verurtheilten Schuldners konnte nach Röm. Rechte auf dreifache Art vollzogen werden. War nämlich a) die Schuld von dem debitor debitoris eingestanden, und sohin vollkommen liquid, so konnte der Gläubiger auf unmittelbare Beitreibung derselben durch das exequirende Gericht selbst antragen.

Fr. 15. §. 10. 42. 1.

c. 3. C. 4. 15.

b) Eben so stand es dem Gläubiger frei, sich die actiones von dem Verurtheilten abtreten zu lassen, und sodann als procurator in rem suam, — oder mit einer utilis actio in eigenem Namen gegen den debitor debitoris aufzutreten.

c. 4. C. 8. 17.

Cfr. c. 5. C. 4 15.

Endlich c) konnten auch die nomina gerichtlich verkauft werden.

Fr. 15. §. 10. D. 42. 1.

Heutzutage pflegt das exequirende Gericht auf die Forderung nur Arrest zu legen, die wirkliche Beitreibung aber dem Gläubiger selbst zu überlassen, wenn nicht

regelmäßige liquide Einkünfte, z. B. Besoldungen den Gegenstand der Execution ausmachen, in welchem Falle das Geld von der exequirenden Behörde unmittelbar, oder nöthigen Falles vermittelst geeigneter Requisition erhoben und an den Gläubiger ausbezahlt wird.

B. Die Verurtheilung ist auf Herausgabe einer individuell bestimmten Sache gerichtet.

§. 335.

In diesem Falle wird nach dem neueren Röm. Rechte die Sache, wenn sie eine bewegliche ist, und die vorausgehenden Strafbefehle ohne Erfolg geblieben sind, dem Verurtheilten mit Gewalt abgenommen und dem Sieger eingehändigt.

Fr. 68. D. 6. 1.
Fr. 5. §. 27. D. 36. 4.
Fr. 3. pr. u. §. 1. D. 43. 4.
Vergl. Claproth Einl. in den ord. Proc. II. §. 425. bis 427.

Bei unbeweglichen Sachen wird der Besiegte ebenfalls durch geeignete unmittelbare Zwangsmittel aus dem Besitze gesetzt (ermittirt), und der Sieger immittirt. Die Immission wird gewöhnlich auf symbolische Art vollzogen.

Claproth, a. a. O. §. 435.

Ist der Verurtheilte durch eigenen dolus oder durch culpa außer Stand gesetzt, die Sache in natura zu restituiren, so muß entweder durch das jusjurandum in litem oder, wenn hiezu die Bedingungen nicht vorhanden sind, durch andere geeignete Mittel die Verurtheilung in eine pecuniäre verwandelt werden, und dann tritt das bei Geldschulden übliche Executionsverfahren ein.

Vergl. überh. Keller, Röm. Civilproc. II. S. 361. nro. 2.
Wächter, Erört. II. Heft. S. 21 flg.

C. Jemand ist zu einer bestimmten Handlung, oder Unterlassung verurtheilt worden.

§. 336.

In diesem Falle, und zwar insbesondere, wenn Jemand zur Vornahme einer positiven Handlung condemnirt ist, kommt es zunächst darauf an, ob die Handlung auch durch einen Andern mit gleichem Erfolge für den Sieger vorgenommen werden kann oder nicht. In dem ersten Falle läßt man die Handlung wirklich durch Andere verrichten, aber auf Rechnung des Verurtheilten, von dem sodann die Kosten auf dieselbe Art beigetrieben werden, wie Geldschulden.

Vergl. Fr. ult. D. 43. 1.

Fr. 13. §. 7. D. 43. 24.

In dem zweiten Falle könnte der Kläger, wenn der Verurtheilte die Handlung nicht freiwillig vornimmt, eigentlich nur die Zahlung des Interesse verlangen.

§. 7. J. 3. 15.

Wächter, Erört. II. S. 25.

Allein in der Praxis versucht man zuerst den Verurtheilten durch Geldstrafen, Einlegung der Wache u. dgl. zum Vollzuge der Handlung zu bestimmen.

Ist das Urtheil darauf gerichtet, daß der Besiegte etwas unterlassen soll, so wird demselben zugleich eine bestimmte Strafe auf den Fall der Contravention angedroht, und bei wirklicher Uebertretung auf Begehren des Siegers vollzogen.

J. R. A. §. 162.

Allgemeine Voraussetzungen der Execution.

§. 337.

Um mit der Execution rechtsgültig einschreiten zu können, wird

1) vorausgesetzt, daß die Sache entschieden, und die Entscheidung bereits rechtskräftig geworden ist.

Fr. 38. D. 42. 1.

c. 1. C. 7. 53.

So lange also noch die Verhandlung eines ordentlichen gegen das Urtheil eingewandten Rechtsmittels im Laufe ist, kann, — abgesehen von den Fällen, wo einem solchen Rechtsmittel der Suspensiveffect versagt werden darf, — die Execution nicht verfügt werden.

Außerdem muß aber

2) auch der Gegenstand der Leistung sowohl in Ansehung der Quantität, als auch der Qualität genau festgestellt seyn. Fehlt es in dieser Hinsicht an der nöthigen Bestimmtheit, so ist deßhalb noch ein besonderes Verfahren einzuleiten, und erst dann, wenn auch hierüber rechtskräftig entschieden ist, kann zur Execution geschritten werden. Eine Unbestimmtheit dieser Art kann aber ungeachtet des bereits vorhandenen rechtskräftigen Ausspruches über die Verpflichtung des unterliegenden Theiles noch bestehen a) hinsichtlich der Zinsen, Früchte und Proceßkosten, welche einer Partei zuerkannt wurden; b) bei s. g. Universalklagen, insbesondere der heredit. petitio, wenn dem Kläger das Erbrecht zuerkannt, und der Beklagte zur Herausgabe verurtheilt, der Betrag der Erbschaft aber noch nicht actenmäßig hergestellt ist; c) wenn die Verurtheilung zur Herausgabe einer bestimmten Sache, oder zur Vornahme irgend einer Handlung ob dolum vel culpam des Condemnirten durch das

jusjur. in litem, oder durch aestimatio erst in eine pecuniäre verwandelt werden muß; d) wenn der Richter in irgend einem andern Falle den Streitpunkt über die Größe der Forderung vor der Definitivsentenz aus Versehen nicht gehörig instruirt hat.

Sollte übrigens nur ein Theil der Forderung illiquid seyn, so wird durch das deßhalb einzuleitende Liquidationsverfahren die Execution in Ansehung des liquiden Theiles nicht aufgehalten.

arg. Fr. 21. D. 12. 1.

c. 5. C. 7. 45.

Von dem Verfahren bei der Execution.

§. 338.

Das Executionsverfahren ist eigentlich nichts Anderes, als ein Contumacialverfahren. Wenn daher die so eben angegebenen Voraussetzungen der Hülfsvollstreckung vorhanden sind, und der Verurtheilte gleichwohl dem Urtheile nicht Folge leistet, so bittet der Sieger um Erlassung eines richterlichen Befehles an den Gegner, dem Judicate bei Vermeidung der Execution nachzukommen. Ist kein rechtliches Hinderniß entgegen, so wird dieser Befehl unter Anberaumung einer Frist, deren Bestimmung von dem arbitrium judicis abhängt,

c. 15. X. 2. 27.

Vergl. c. 2 et 3. §. 1. C. 7. 54.

§. 3. J. 4. 17.

wirklich erlassen. Läßt der Verurtheilte diese Frist ohne Erfolg verstreichen, so muß nun der Sieger neuerdings einen Antrag stellen, und um den wirklichen Vollzug der in dem ersten Decrete nur angedrohten Execution

nachsuchen. Diesem Gesuche wird jetzt dadurch entsprochen, daß der Richter diejenigen Verfügungen trifft, welche das im concreten Falle anwendbare Zwangsmittel erheischt.

Im Röm. Rechte kommt der Antrag der siegenden Partei auf den obrigkeitlichen Vollzug des condemnirenden Urtheils unter dem Namen *„actio judicati“* vor. Mit Rücksicht auf den Unterschied, welcher in dem älteren Römischen Gerichtsverfahren zwischen dem „ordinarium judicium“ und der „extraordinaria cognitio“ stattfand, ist zwar behauptet worden, daß die actio judicati nur zur Geltendmachung eines in ordinario judicio ergangenen Urtheils bestimmt gewesen, in Sachen der extraord. cognitio aber ein, wenn auch unförmlicher, Anruf der obrigkeitlichen Hülfe (imploratio) zuläßig gewesen sey.

Zimmern, R. R. G. III. §. 142.

Heffter, System S. 338 not. 46.

Da jedoch die Ausdrücke „judicatum, causa judicati und persecutio ex causa judicati“ auch in Beziehung auf obrigkeitliche Entscheidungen in Sachen der außerordentlichen Cognition gebraucht werden,

Fr. 75. D. 5. 1.

Fr. 9. pr. Fr. 40. pr. Fr. 41. D. 4. 4.

so scheint jene Beschränkung nicht begründet zu seyn.

Keller, Röm. Civilproc. II. S. 346 not. 970.

Zur förmlichen Anordnung eines judicium führte jedoch die actio judicati nach älterem Recht nur in dem Falle, wenn der Condemnirte entweder die Thatsache der condemnatio läugnete, oder dem Antrage auf Execution Einwendungen entgegenstellte, z. B. daß er dem Urtheile bereits nachgekommen sey. Außerdem wurde von der angerufenen Obrigkeit selbst ohne weiters das geeignete Executionsverfahren eingeleitet, sobald die dem Verurtheilten

gesetzlich eingeräumte Frist (ursprünglich 30 Tage, später 2 Monate, endlich unter Justinian 4 Monate) verstrichen war.

Gell. N. A. 20. 1.

c. 1. 2 u. 3. C. 7. 54.

Wenn es übrigens der Verurtheilte zu einem förmlichen judicium kommen ließ, und in demselben unterlag, so wurde er nach älterem Rechte zur Strafe in duplum verurtheilt.

Gaj. IV. 9.

Paul. R. S. I. 19. §. 1.

Nach neuerem, insbesondere Justinianischem Rechte fiel nicht nur die Anordnung eines förmlichen Judiciums, sondern auch die poena dupli hinweg.

Fr. 6. §. ult. D. 42. 1.

Dagegen konnte der Sieger, wenn der Verurtheilte binnen 4 Monaten nach der condemnatio dem Urtheile nicht Folge leistete, von dem Ablaufe dieser Frist angefangen, 12 Proc. Zinsen von dem Capitalbetrage fordern.

c. 2 u. 3. C. 7. 54.

Nach dem heutigen Rechte wird jedoch auch diese Vorschrift in Ansehung der Zinsen nicht mehr beobachtet, und die Bestimmung der Zahlungsfristen ist, wie bereits oben bemerkt wurde, dem richterlichen Ermessen anheimgestellt.

c. 15. X. 2. 27.

Die actio judicati ist übrigens den gewöhnlichen Grundsätzen über die Klagenverjährung unterworfen.

Wächter, Erört. III. S. 50. not. 47.

Anderer Meinung:

v. Linde, Zeitschr. II. S. 180 flg.

Heffter, Syst. §. 517. not. 62.

Ueber das neuere Executionsverfahren bei dem Reichskammergerichte J. R. A. §. 159 flg.

S. noch: Kiliani, Betrachtungen über d. Capitel v. der Execution. Würzburg 1828.

Von welchem Gerichte und gegen wen die Execution verhängt werden darf.

§. 339.

I. Die Befugniß, eine sententia zu exequiren, stand nach älterem Röm. Rechte, so lange noch jus und judicium getrennt waren, nicht dem judex zu, welcher das Urtheil gesprochen, sondern dem magistratus, welcher den judex bestellt hatte.

Fr. 15. pr. D. 42. 1.

Nach dem neueren Rechte aber, demzufolge in der Regel die nämliche Obrigkeit, bei welcher die Klage angebracht ward, auch den ganzen Proceß instruirte und das Urtheil fällte, hatte das erkennende Gericht auch die Executionsbefugniß, und dieß gilt auch jetzt noch. Daraus folgt:

1) daß der Sieger nach eingetretener Rechtskraft des Urtheils das bisherige Gericht nicht verlassen, und sich der Execution wegen unmittelbar an ein anderes, z. B. an das forum domicilii des Verurtheilten wenden darf, wenn der Proceß etwa in foro contractus verhandelt und entschieden wurde.

Mev. VI. 202.

2) Wenn ein unterrichterliches Endurtheil in Folge der dagegen eingelegten Appellation von dem Obergerichte abgeändert wird, so wird die Executionsbefugniß dem

Obergerichte zugeschrieben, welches jedoch die Ausübung einem Untergerichte übertragen kann.

S. oben S. 1062.

3) Da ein judex delegatus an die Stelle des ordentlichen Richters tritt, so steht ihm in der Regel auch das Recht zu, sein Urtheil zu vollziehen.

Boehmer, J. E. P. I. 29. §. 37.

Die gänzliche Durchführung des Executionsverfahrens kann übrigens nicht immer durch das erkennende Gericht allein geschehen. — Es kommt nämlich darauf an, ob sich die Person oder die Sache, an welcher die Execution vollzogen werden soll, in dem Jurisdictionsbezirke dieses Gerichtes befindet oder nicht. Nur in dem ersten Falle werden alle Verfügungen, welche zur Realisirung der Execution nothwendig sind, unmittelbar durch den erkennenden Richter selbst getroffen. In dem zweiten Falle dagegen hat zwar auch nur er zu bestimmen, ob und wann die Execution statt finden soll, allein der wirkliche Vollzug derselben muß mittelbar durch Requisitionsschreiben an diejenige Behörde bewirkt werden, in deren Bezirke sich der Gegenstand der Hülfsvollstreckung befindet.

Fr. 15. §. 1. D. 42. 1.

Das requirirte Gericht hat übrigens nicht zu unterscheiden, ob das zu vollstreckende Urtheil gerecht oder ungerecht sey, sondern ist verpflichtet, dasselbe zu exequiren, wenn der requirirende Richter darauf besteht.

c. 6. C. 7. 53.

c. 28. §. 3. X. 1. 29.

c. 5. X. 2. 27.

Vgl. c. 4. C. 1. 22.

Bringt der Schuldner noch Einreden vor, und zwar bei dem requirirten Gerichte, so unterscheidet man ge-

wöhnlich, ob diese Einreden die Hauptsache selbst betreffen, oder nur den modus et ordo executionis. In dem ersten Falle soll sich der Requirirte keine Cognition darüber erlauben dürfen, sondern schuldig seyn, den Requirenten davon in Kenntniß zu setzen, und Diesem die Entscheidung zu überlassen. In dem zweiten Falle aber soll der Requirirte selbst darüber zu erkennen haben.

Gensler, Comm. II. S. 104.

Das Erste ist nun allerdings nicht zu bezweifeln.

c. 6. C. 7. 53.

c. 5. X. 2. 27.

Allein die Meinung, daß über die Einwendungen gegen den mod. et ord. exec. das requirirte Gericht zu entscheiden habe, dürfte sich wohl nur in dem Falle rechtfertigen lassen, wenn über die Art der Hülfsvollstreckung in der Requisition gar nichts Näheres bestimmt, sondern dieselbe lediglich dem Ermessen des Requirirten überlassen worden wäre. Denn ist dem Letzteren auch der modus execut. vorgezeichnet, so kann ihm die Prüfung der dagegen vorgebrachten Einreden aus dem Grunde nicht eingeräumt werden, weil diese Prüfung auch zu einer Abänderung der vorgezeichneten Executionsart führen könnte, die Abänderung eines ausdrücklich gestellten Begehrens aber überhaupt mit dem Begriffe der Requisition im Widerspruche steht.

Vgl. Fr. 15. §. 1. verb. mit §. 4. D. 42. 1.

Ueber die Vollstreckung eines von einem ausländischen Gerichte gefällten Urtheils s. Mittermaier im Arch. f. civ. Prax. Bd. XIV. S. 84 flg.

II. Nach dem Grundsatze: „res judicata tertio nec nocet, nec prodest“ kann die Execution in der Regel nur gegen denjenigen gerichtet werden, welcher an dem Processe Theil genommen hat, und verurtheilt worden ist. —

Von dieser Regel ist jedoch in folgenden Fällen eine Ausnahme zu machen:

1) bei Successoren des Verurtheilten. Arg. Fr. 28. D. 44. 2. — In Ansehung der Universalsuccessoren ist dieses außer allem Zweifel, und eigentlich gar nicht als Ausnahme zu betrachten, weil die Erben den Erblasser repräsentiren und in die Obligationen desselben eintreten. Allein der Satz gilt auch in Beziehung auf bloße Singularsuccessoren, d. h. wer eine *res litigiosa* von dem Beklagten titulo singulari erworben hat, muß sich, — wenn der Beklagte nachher verurtheilt wird, — gefallen lassen, daß die Execution unmittelbar gegen ihn gerichtet wird, obwohl er an dem Streite selbst nicht Theil genommen hat.

S. hierüber oben S. 561. — Mev. VIII. 380.

Mit den Einwendungen gegen die angebliche Litigiosität der Sache muß jedoch der dritte Besitzer allerdings noch gehört werden.

2) Wenn Tutoren oder Curatoren in einem Processe unterlegen sind, und der Pflegbefohlene noch vor der Vollziehung des Urtheils die Großjährigkeit erreicht hat, so ist die Execution gegen den Letzteren zu richten.

c. 1. C. 5. 39.

3) Wer für den Beklagten die cautio judicatum solvi geleistet hat, kann ebenfalls nach rechtskräftiger Verurtheilung desselben unmittelbar mit der Execution angegriffen werden.

Fr. 1. D. 46. 7.

c. 3. §. 1. C. 7. 54.

Mev. VIII. 378.

Endlich

4) muß sich auch Derjenige der unmittelbaren Execution unterwerfen, der sich zunächst und vorzugsweise um die Vertheidigung der Sache hätte annehmen sollen,

aber dieselbe wissentlich einem entfernteren Betheiligten überlassen hat, wenn Dieser im Processe unterliegt, und Jener den Gegenstand des Streites im Besitze hat, z. B. der Käufer, welcher die Durchführung des Evictionsprocesses dem Verkäufer, — der Faustpfandgläubiger, welcher die Vertheidigung gegen eine auf die verpfändete Sache gerichtete vindicatio dem Schuldner überlassen hat. Fr. 63. D. 42. 1.

Hindernisse der Execution.

§. 340.

Die bereits beschlossene und selbst schon eingeleitete Execution kann

A. gänzlich vereitelt und für immer aufgehoben werden:

a) durch die exceptio nullitatis insanabilis, wenn diese sogleich liquid ist;

b) durch peremtorische Einreden, welche die Hauptsache selbst betreffen, insofern sie auf der Behauptung beruhen, daß dem Urtheile bereits Genüge geschehen sey. Denn das Anführen einer schon vor der Streiteinlassung geschehenen Tilgung der Schuld, wovon jedoch bei Gelegenheit der Litiscontestation keine Erwähnung geschehen war, darf nach der Vorschrift des J. R. A. über die Präclusion der Einreden jetzt nicht mehr berücksichtiget werden. — Nur die erst geschehene Auffindung einer Einrede würde allenfalls eine Ausnahme begründen, weil man sich in diesem Falle auch der restit. in integr. ex cap. novor. bedienen könnte. — Die hier als zuläßig bezeichneten Exceptionen müssen übrigens ebenfalls sogleich liquid seyn.

c) Durch die s. g. privilegirten Einreden, wenn man dieselben überhaupt noch als bestehend anerkennt. (S. oben S. 628 flg.)

B. Ein bloßer Aufschub der Execution kann bewirkt werden:

a) durch ein Moratorium (Anstandsbrief);

S. hierüber W. H. Puchta, über den Concursproceß. Erlangen 1827. §. 105. Meine Theorie des Concurspr. §. 36.

b) durch ein gehörig begründetes Gesuch des Schuldners um Ertheilung von Zahlungsfristen;

c) durch die Einwendung des Verurtheilten, daß die allgemeinen Voraussetzungen der Execution noch nicht vorhanden seyen, z. B. daß das Urtheil noch nicht rechtskräftig geworden, daß das Quantum der Leistung noch nicht liquid, daß nicht das zuständige Gericht um die Hülfsvollstreckung angerufen worden sey u. dgl.

Auch Einwendungen gegen den modus vel ordo executionis können wenigstens eine Verzögerung des Verfahrens veranlassen, um so mehr, als gegen die Verwerfung solcher Einreden Appellation zulässig ist.

c. 5. C. 7. 65.

d) Durch die Principalintervention eines Dritten, welcher stärkere Ansprüche auf das Executionsobject nachzuweisen vermag; indem hier die Execution wenigstens auf einen andern Gegenstand gerichtet werden muß.

Vgl. Fr. 15. §. 5. D. 42. 1.

Zuweilen kann übrigens durch die Principalintervention die Hülfsvollstreckung gänzlich vereitelt werden.

Fr. 10. D. 15. 1.

e) Durch die Eröffnung des Universalconcurses gegen den verurtheilten Schuldner, insofern dieselbe die Einstellung aller Particularexecutionen zur Folge hat, und der einzelne Gläubiger hinsichtlich seiner Befriedigung die Vertheilung der Concursmasse abwarten muß.

C. **Beschränkt wird endlich die Execution** durch das s. g. beneficium competentiæ, wenn der Verurtheilte mit Grund darauf Anspruch macht.

Register.

Die beigesetzten Ziffern bedeuten die Seitenzahl.

A

B

C

D

G

H

J

K

L

M

N

O

P

Qu

R

S

T

U

V

W

Z

p. 2
p. 49
" 51
58
" 61
" 63
" 74 (1, 2, 2, 4)
" 81
" 112
" 149
" 157
" 160
" 166
" 230
" 344
" 575
574
" 632
" 933

[illegible]

I R. A. § 37 [illegible]
[illegible]
§ 78 [illegible]
§ 48 [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
§ 73 [illegible]
§ 11 [illegible]
§ 12 [illegible]